

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

112-
119

LE DROIT DE NÉCESSITÉ DE L'ÉTAT

ÉTUDE DE DROIT PUBLIC FÉDÉRAL

LES POUVOIRS EXTRAORDINAIRES
DES AUTORITÉS FÉDÉRALES

THÈSE

Présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de Docteur

PAR

JOHN FAVRE

LICENCIÉ EN DROIT

LIBRAIRIE PAYOT & C^{IE}
LAUSANNE — GENÈVE — NEUCHÂTEL
VEVEY — MONTREUX — BERNE — BÂLE

1937

Tous droits réservés pour tous pays

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le professeur Tell Perrin, autorise la publication de la thèse de **M. John Favre**, ayant pour titre : « **Le Droit de nécessité de l'Etat, étude de droit public fédéral** ».

La Faculté ne donne ni approbation ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme personnelles à leur auteur.

Neuchâtel, le 7 novembre 1936.

Le Doyen de la Faculté de Droit :
CLAUDE DU PASQUIER.

*A mes parents
et à mon grand-père.*

LE DROIT DE NÉCESSITÉ DE L'ÉTAT

ÉTUDE DE DROIT PUBLIC FÉDÉRAL

Les pouvoirs extraordinaires des autorités fédérales

CHAPITRE PREMIER

Exposé du problème et remarques préliminaires

§ 1. **Exposé du problème.** — En Suisse comme dans tout état de droit, les autorités tiennent leurs compétences du droit et doivent les exercer dans les limites de la constitution et des lois. Ces limites n'ont pourtant rien d'éternel et peuvent être en tout temps déplacées ou supprimées. Par simple révision constitutionnelle, la Confédération pourrait se voir attribuer, par exemple, les compétences actuellement réservées aux cantons. En théorie, rien ne s'opposerait même à ce que, par la volonté du peuple et des cantons, notre état fédératif soit transformé en état unitaire, monarchique ou même dictatorial. Cependant, et c'est là l'essentiel, toute modification du droit en vigueur doit se faire en principe selon une procédure spéciale, plus ou moins compliquée suivant l'importance des réformes envisagées. Tout acte de l'Etat, par conséquent celui qui consiste à reviser la constitution ou les lois, doit être conforme au droit, se dérouler selon des règles établies par avance, sans solution de continuité ni révolution.

Pour assurer une certaine stabilité du droit et pour éviter que les principes essentiels ne soient mis en question à tout propos, la plupart des Etats modernes ont groupé les règles les plus importantes dans une constitution dont la révision est plus compliquée et plus lente que celle des autres règles de droit. Les articles 118 et suivants de la Constitution fédérale ont institué plusieurs procédures de révision (totale et partielles) de la constitution, dont la plus simple prévoit un vote concordant des deux conseils,

ratifié par la majorité des citoyens suisses prenant part à la votation et par la majorité des Etats. Si rien ne fait obstacle en théorie à ce que la consultation populaire suive immédiatement le vote des Chambres, en fait, il faut compter plusieurs mois pour que l'opinion du peuple et des cantons puisse être éclairée. Si l'on ajoute à ces quelques mois, ceux qu'il a fallu au gouvernement pour préparer la revision et aux Chambres pour délibérer, on comprend qu'une revision constitutionnelle exige souvent plus d'une année.

Notre Etat ayant poussé assez loin l'application du principe de la démocratie pure, l'opération constituante n'est pas seule à être compliquée et lente. Alors que dans la plupart des autres Etats les lois peuvent être promulguées, abrogées ou modifiées par simple décision de l'autorité législative, le vote des Chambres doit être soumis chez nous à la ratification du peuple si la demande en est faite dans le délai de 3 mois par 30 000 citoyens actifs ou par 8 cantons. Les lois ne pouvant être mises en vigueur avant l'expiration du délai référendaire, il s'écoulera un minimum de 3 mois avant qu'une décision législative sortisse effet.

Autrefois et abstraction faite de la période de guerre, les autorités fédérales observaient assez scrupuleusement les limites fixées à leur activité et attendaient pour les dépasser qu'une revision constitutionnelle ou législative les y ait autorisées.

Ces dernières années en revanche, sous prétexte que la procédure constitutionnelle ou législative est trop lente ou présente trop d'aléas pour que les mesures indispensables puissent être prises à temps, l'A.F., selon une procédure extraordinaire, le plus souvent par arrêté fédéral urgent, prend de son chef, ou autorise le C.F. à édicter, toutes sortes de mesures contraires à certaines dispositions constitutionnelles ou législatives.

L'arrêté fédéral du 13 octobre 1933 concernant les mesures extraordinaires destinées à rétablir l'équilibre des finances fédérales ¹ est un exemple typique de cette procédure extraordinaire.

Dans son message du 2 septembre 1933 ², le C.F. souligne lui-même le caractère extraordinaire de la procédure suivie ³. « *L'exécution du programme financier par la voie ordinaire exige des mesures de droit constitutionnel et d'ordre législatif. Des mesures de droit constitutionnel d'abord, pour pouvoir distraire l'affectation des recettes provenant du tabac et des boissons distillées réservées par la Constitution ⁴ à l'assurance vieillesse et survivants et pour donner une base à la perception de l'impôt de crise et de l'impôt sur les boissons. Le relèvement du droit de timbre, la réduction du prix d'achat de l'alcool indigène, la réadaptation des traitements et salaires du personnel fédéral, de même que la réduction de certaines subventions fixes, supposent par contre la modification des lois réglant ces matières* ».

¹ R.O. 1933, p. 859.

² F. féd. 1933, II, p. 201.

³ F. féd. *eodem loco*, p. 286.

⁴ Art. 34 *quater*.

La presse, les juristes ¹ et même les Chambres ² n'ont pas manqué de relever l'irrégularité de la procédure suivie.

Cet arrêté est loin d'être le seul à déroger provisoirement à certaines règles constitutionnelles et législatives ou à autoriser le C.F. à le faire. Sans vouloir dresser une liste complète de ces mesures extraordinaires, qu'il nous suffise de citer :

l'arrêté fédéral du 3 août 1914 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité (R.O. 30, p. 347) ;

l'arrêté fédéral du 30 septembre 1927 concernant la perception de droits d'entrée supplémentaires sur l'orge, le malt et la bière (R.O. 1927, p. 455) ;

l'arrêté fédéral du 23 décembre 1931 sur les mesures de défense économique contre l'étranger (R.O. 1931, p. 799) remplacé par l'arrêté fédéral du 14 octobre 1933 (R.O. 1933, p. 831), prorogé lui-même par arrêté fédéral du 11 décembre 1935 (R.O. 1935, p. 804) ;

l'arrêté fédéral du 14 octobre 1933 interdisant l'ouverture et l'agrandissement de grands magasins, de maisons d'assortiment, de magasins à prix uniques et de maisons à succursales multiples (R.O. 1933, p. 845) remplacé par l'arrêté fédéral du 27 septembre 1935 (R.O. 1935, p. 670) ;

l'arrêté fédéral du 28 septembre 1934 tendant à protéger le métier de cordonnier (R.O. 1934, p. 682) ;

l'arrêté du 20 décembre 1934 autorisant certaines mesures temporaires en vue de la réorganisation et de l'assainissement des chemins de fer fédéraux (R.O. 1934, p. 1465).

Sur la proposition du C.F., l'A.F. vient d'ailleurs de voter un *second programme financier* sous forme d'un nouvel arrêté fédéral urgent ³ prévoyant toutes sortes de *mesures d'ordre constitutionnel* (contribution fédérale de crise, impôt sur les boissons) ou *législatif* (réduction de certaines subventions, de la solde militaire, de l'effectif et des traitements du personnel, augmentation des droits de timbre, des droits de douane sur le sucre, les carburants, etc., suppression de la franchise de port). Aux termes de l'article 53 de cet arrêté, « le C.F. est autorisé à prendre toutes mesures qu'il jugera nécessaires au maintien du crédit national et qu'il estimera ne pouvoir être différées ».

Enfin le C.F. a déposé, puis retiré, un *projet d'arrêté fédéral sur les mesures extraordinaires d'ordre économique* dont l'article 2 aurait autorisé le C.F.,

¹ ROGER SecrÉTAN : *L'initiative populaire cantonale et la législation de crise*. Recueil des travaux de l'Université de Lausanne 1934, p. 135 et ss.

E. BLUMENSTEIN : *Das Steuerrecht der Finanzvollmachten*. Archiv für schweiz. Abgaberecht oct. 1933, p. 225 et ss.

Dr Z. GIACOMETTI : *Die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien* S.J.Z. 1934, p. 289 et ss.

Nat. Rat. A. OERI : *Verfassung und Notrecht*, in « die Schweiz », ein Nationales Jahrbuch für 1934.

² Bull. stén. off. C.E. 1933, p. 257 et ss, C.N. 1933, p. 391 et ss.

³ Arrêté fédéral du 31 janvier 1936 concernant de nouvelles mesures destinées à rétablir l'équilibre des finances fédérales en 1936 et 1937. R.O. 1936, p. 17 et ss.

« pour parer aux situations difficiles nées de la crise, à prendre, en cas de nécessité des mesures en vue de sauvegarder l'économie nationale et le crédit du pays ». Il n'est pas absolument exclu que ce projet soit ressuscité, sous une forme moins absolue peut-être ¹.

Ces exemples suffisent à prouver que les circonstances extraordinaires et particulièrement la crise économique, ont amené l'A.F. à prendre sous forme d'arrêté fédéral urgent des mesures qui eussent dû être prises normalement selon la procédure de revision constitutionnelle ou législative.

Pour légitimer cette *procédure extraordinaire*, les autorités fédérales invoquent la *nécessité et le droit de nécessité* qui, selon elles, en découle. Dans le message déjà cité du 2 septembre 1933 ² le C.F. déclare : « *L'exécution du programme financier par la voie ordinaire exige des mesures de droit constitutionnel et d'ordre législatif...*

...Si l'on envisage les multiples et lentes opérations qu'implique, dans la procédure ordinaire, une revision de la constitution avec le referendum obligatoire pour la revision elle-même et le referendum facultatif pour les lois d'exécution, si l'on considère d'autre part que les mesures projetées exigent un effort maximum de solidarité, supposant un sacrifice général simultané, on doit reconnaître que *l'application de la procédure ordinaire entraînerait à tout le moins des retards intolérables et probablement compromettrait toute l'œuvre de redressement*. Or, tandis qu'en temps normal on peut, après un essai infructueux, élaborer un projet de loi ou d'article constitutionnel nouveau, et le faire aboutir, *il y a des circonstances qui ne sauraient comporter aucun délai*, parce qu'une décision rapide permet seule de faire face aux circonstances. *C'est dans ces conditions que se justifie le droit de nécessité.* »

Sans même rechercher si dans le cas particulier la nécessité était telle que les formes ordinaires ne pussent être observées, *nous nous proposons d'examiner si des circonstances absolument extraordinaires peuvent permettre aux autorités fédérales de créer de nouvelles règles constitutionnelles ou législatives selon une procédure extraordinaire, sous forme d'arrêté fédéral urgent par exemple.*

§ 2. **Remarques préliminaires.** — Notre étude ayant un caractère strictement *juridique*, c'est à la lumière du droit que nous examinerons la légitimité des pouvoirs extraordinaires des autorités fédérales. Il ne nous appartient pas, Dieu merci, de les apprécier du point de vue politique, économique ou moral. En limitant nos recherches au domaine du droit, nous n'entendons

¹ Effectivement, par un message complémentaire du 7 avril 1936, sur les mesures extraordinaires d'ordre économique, le C.F. vient de soumettre aux Chambres un projet d'arrêté urgent dont l'art. 1, al. 3 est ainsi conçu :

* A titre exceptionnel et dans des cas extrêmement urgents, le Conseil fédéral peut prendre de son chef des mesures extraordinaires d'ordre économique qui ne sont pas prévues dans des lois ou dans des arrêtés fédéraux munis de la clause d'urgence. Ces mesures ont un caractère provisoire et sont soumises aux restrictions fixées à l'art. 2.

² F. féd. 1933, II, p. 286 ss.

nullement contester la valeur des arguments que les politiciens, les économistes ou les moralistes peuvent apporter au gouvernement qui pense devoir franchir la limite de ses compétences ordinaires. A supposer que les juristes contestent la *légitimité juridique* de pouvoirs extraordinaires, rien n'empêchera les politiciens, par exemple, de soutenir que ces pouvoirs sont conformes à l'intérêt général et de faire prévaloir cet intérêt sur toute considération juridique. Les juristes ne sauraient admettre en revanche que dans leurs tentatives de justification, les politiciens fassent état de constructions juridiques inexactes et tendancieuses. C'est là que réside l'intérêt de notre étude puisque, particulièrement dans un régime démocratique et parlementaire, chacun prétend étayer ses raisons politiques d'arguments juridiques.

Il convient dès lors de rechercher si notre droit public a prévu l'état de nécessité et s'il accorde dans ce cas des pouvoirs extraordinaires aux autorités fédérales, en particulier celui de créer selon une procédure simplifiée de nouvelles règles constitutionnelles ou législatives.

Qu'on ne dise pas que la légitimité juridique n'a aucune importance en cas de nécessité. Dans le domaine des actions humaines, et par conséquent, pour les actes des gouvernants, il n'y a jamais nécessité absolue et l'expression « état de nécessité » n'est qu'une approximation du langage courant. Si puissants que soient les mobiles qui nous poussent à agir, la question se pose toujours de savoir si nous devons y obéir. Même lorsqu'il est manifeste qu'à vouloir observer la procédure régulière les gouvernants risquent de nuire à l'Etat, ils éprouvent quelque scrupule à s'écarter des règles ordinaires et à ruiner le fondement de leur autorité¹.

Nous ne limiterons pas nos recherches au *droit constitutionnel écrit*, mais nous les étendrons au *droit non écrit* soit à la *coutume* et au *droit naturel*. Si nous voulions être parfaitement logiques, nous devrions commencer par examiner notre problème à la lumière du droit positif (écrit et coutumier) puis porter le débat sur le terrain du droit naturel. Dans l'intérêt de notre exposé, nous préférons commencer par le droit écrit, continuer par le droit naturel et terminer par le droit coutumier. Les recherches que nous ferons sur le terrain du droit coutumier nous donneront en effet l'occasion d'examiner la pratique des autorités fédérales, de la critiquer et de suggérer l'élaboration de règles plus judicieuses prévoyant l'état de nécessité ou le péril d'état.

¹ BARTHÉLÉMY et DUEZ : *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, p. 192 : « C'est de la constitution, dit Vattel, que les législateurs vont tenir leurs pouvoirs ; comment pourraient-ils la changer sans détruire le fondement de leur autorité ».

CHAPITRE II

De l'inexistence d'un droit de nécessité écrit en droit public fédéral

§ 1. **Généralités.** — Plusieurs constitutions écrites ont prévu l'état de nécessité et plus ou moins affranchi, dans ce cas, le pouvoir exécutif ou législatif de l'observation de certaines règles constitutionnelles ou législatives. Qu'il nous suffise de relever que les constitutions bulgare, danoise, japonaise, monténégrine, autrichienne et turque ont expressément réglementé le droit de nécessité, qu'il en était de même des anciens Etats allemands, et que c'est dans une certaine mesure le cas de trois cantons suisses (Berne, Thurgovie et Saint-Gall) ¹. Il pourrait sembler vain de rechercher si notre constitution a réglé l'état de nécessité puisque la doctrine presque unanime et les autorités fédérales admettent aujourd'hui que ce n'est pas le cas. Alors que pendant la guerre mondiale, les autorités ² semblaient vouloir invoquer certaines dispositions de la constitution (par exemple les articles 2; 85 ch. 6 et 7; 102, ch. 8, 9 et 10) à l'appui d'un droit de nécessité ³, elles y ont actuellement renoncé. Dans son message du 2 septembre 1933 ⁴ sur le programme financier, le C.F. déclare lui-même : « Le peuple suisse et le parlement se sont déjà trouvés une fois dans une situation semblable et, bien que la constitution ne contienne aucune disposition expresse sur le droit de nécessité, l'A.F., consciente des responsabilités que lui imposait le salut de l'Etat, n'a pas hésité à en reconnaître l'existence ».

¹ *Constitution bernoise*, art. 39, al. 2 : « Pour prévenir un danger pressant, il (le Conseil d'Etat) peut disposer provisoirement de la force armée, donner des ordres et prendre des arrêtés sous comminations de peines. Toutefois, il devra donner immédiatement connaissance de ses mesures au Grand Conseil, qui prendra des dispositions ultérieures ».

Constitution thurgovienne, art. 39, ch. 9 : « Er hat die Befugnis zu ausserordentlichen Massnahmen, sofern die Zeitumstände solche zur Notwendigkeit machen und Gefahr im Verzug sein würde ; er ist jedoch verpflichtet, dem Grossen Rate bei dessen nächstem Zusammentritte hievon Rechenschaft abzulegen, und die Massnahmen dauern nur insofern fort, als der Grosse Rat seine Zustimmung hiefür erteilt.

• Wenn der Regierungsrat zur Handhabung der öffentlichen Ordnung im Innern Truppen aufbietet, so ist der Grosse Rat unverzüglich einzuberufen ».

Constitution saint-galloise, art. 55, ch. 14 : « Er trifft verfassungsmässige Massregeln jeder Art, deren unverzügliche Ergreifung wegen drohender Gefahr oder hohen Staatsinteressen notwendig ist ».

² 2^e rapport de neutralité. F. féd. 1916, I, p. 129.

³ GASTON JEZE : *L'exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs*. Chap. IV, § 4 : « Tout d'abord, le rapporteur allemand, M. Spahn, après avoir affirmé la nécessité des pleins pouvoirs, s'est attaché à leur trouver une base juridique dans l'article 85, ch. 6 de la constitution ».

TINGSTEN : *Les pleins pouvoirs*. Librairie Stock, OERI A. : *Verfassung und Notrecht in die Schweiz* ». Voir d'ailleurs ci-dessous § 2 et ss.

⁴ F. féd. 1933, II, p. 287.

En dépit de ces déclarations, il nous paraît important de raviver ce débat pour plusieurs raisons, dont les plus importantes sont les suivantes :

1^o Sans être expressément prévu par la constitution, l'état de nécessité peut l'être *implicitement*. Certains juristes et le C.F., lui-même ne se réservent-ils pas de soutenir cette thèse lorsqu'ils invoquent un *droit non écrit*¹ ou des *règles existant à côté de la constitution*². Rien de plus vague en effet que ces deux notions. Quel est ce droit non écrit ? S'agit-il du droit coutumier, du droit naturel ou des règles qu'une interprétation plus ou moins tendancieuse permet de dégager de la constitution écrite ? Les habiles diplomates qui parlent d'un droit non écrit ont grand soin de n'en pas préciser, par conséquent, restreindre, le sens, désireux de se réserver plusieurs portes de sorties et de rallier à la fois ceux qui basent le droit de nécessité sur l'interprétation, sur le droit coutumier, et sur le droit naturel. A quelle source de droit appartiennent ces règles qui flottent, vaporeuses, à côté (praeter) de la constitution ?

Etant donné l'extrême confusion qui règne dans ce domaine, il importe d'examiner consciencieusement et successivement les différentes sources de droit.

2^o Bien que les autorités et les juristes les plus modernes aient renoncé à fonder le droit de nécessité sur la constitution écrite, certains juristes et des plus grands n'ont pas complètement abandonné cette idée³. Il en est de même de certains hommes politiques⁴.

3^o Tant que la question de savoir si la constitution prévoit un droit de nécessité n'aura pas été complètement éclaircie, on risque de voir ceux qui auraient été vaincus sur un autre terrain (droit naturel, droit coutumier) se retrancher derrière certaines dispositions de la constitution.

Dans les recherches que nous allons entreprendre, nous ne nous attachons pas à la lettre de la constitution mais aux *règles qu'une juste interprétation peut en tirer*. Il nous suffit de dire qu'en matière d'interprétation, nous nous rallions à peu près aux idées exposées par Giacometti dans son étude sur l'interprétation de la Constitution suisse⁵. Par *interprétation*

¹ F. féd. 1933, II, p. 287.

² FLEINER : *Commentaire de la Constitution fédérale*, p. 165 et 217.

³ BURCKHARDT : *Commentaire de la Constitution fédérale*, p. 670 et ss. : « Wenn das sogenannte Notverordnungsrecht, wie es mehrere Jahre ausgeübt worden ist, aus einer Volksbestimmung herausgelesen werden kann so ist es aus den Art. 85, Zif. 6 u. 7. 102, Zif. 9 u. 10 ».

VON WALDKIRCH : *Die Notverordnungen im schweiz. Bundesstaatsrecht*. Bern Diss. 1915.

⁴ Conseiller fédéral MUSY : Bull. stén. C.N. 1933, p. 465 : « On ne viole ni la constitution ni la loi lorsqu'on sauve son pays ».

DUTTWEILER : Die Tat, 22. I. 1936 : « Die Verfassung sieht den dringlichen Bundesbeschluss als Notmassnahme vor ».

HUNZIKER : Bull. stén. C. N. 1936, p. 580. Lors du débat sur le 2^e programme financier, ce dernier affirma que l'art. 85, ch. 6 de la Constitution fédérale prévoit un droit de nécessité.

⁵ GIACOMETTI : *Die Auslegung der schweiz. Bundesverfassung*. Recht und Staat No. 39, 1925.

téléologique systématique, nous cherchons, lorsqu'une disposition n'est pas claire, à en découvrir le but et à la mettre en harmonie avec les autres règles de la constitution. On prétendra que c'est restreindre singulièrement le domaine de l'interprétation et méconnaître que des principes plus extensifs prévalent souvent dans la pratique. Cela n'empêche pas que juridiquement l'interprétation extensive soit illégitime, mais prouve simplement que par la force des choses, elle réussit souvent à créer de nouvelles règles de droit, des règles coutumières dont la recherche fera l'objet de notre chapitre 4. Toute interprétation extensive commence en effet par être contraire au droit existant. Ce n'est qu'au moment où elle est quasi unanimement admise par la doctrine, les autorités et les sujets de droit qu'elle finit par acquérir le caractère d'une véritable règle de droit.

Quelques dispositions constitutionnelles et plusieurs lois parlent de l'état de guerre ou de circonstances extraordinaires et prévoient pour ces cas spéciaux des règles particulières. Qu'il nous suffise de mentionner à cet égard les art. 29 ch. 3 de la Constitution fédérale, 201 et suivants de l'organisation militaire du 12 avril 1907, 12 de la loi fédérale sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération du 26 mars 1934, 24 de la loi fédérale sur la construction et l'exploitation des C. F. F. de 1872, 4 de la loi fédérale sur le tarif douanier, 62 et 217a de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 19, al. 2 et 23 de la loi fédérale sur la Banque nationale.

L'art. 29, al. 3 de la Constitution fédérale, par exemple, après avoir fixé les limites dans lesquelles pourra s'exercer l'activité fiscale douanière de la Confédération, prescrit : « Les dispositions ci-dessus n'empêchent point la Confédération de prendre temporairement des mesures exceptionnelles dans les *circonstances extraordinaires* ». Il s'agit ici d'un *droit de nécessité restreint* dont les autorités fédérales font d'ailleurs grand usage.

En dehors de ces quelques règles spéciales, *on cherche en vain dans la constitution une disposition générale* permettant expressément aux autorités de franchir, dans des circonstances extraordinaires, les limites fixées à leur activité¹.

En revanche, certaines dispositions constitutionnelles sont si peu claires qu'on peut douter à première vue si elles n'étendent pas les pouvoirs des autorités fédérales en cas de nécessité. Nous songeons avant tout aux art. 2 ; 85 ch. 6, 7 et 8 ; 89 al. 2 et 102, ch. 2, 8, 9 et 10 qui ont été souvent invoqués à l'appui d'un droit de nécessité des autorités fédérales. Nous avons donc le devoir de soumettre successivement ces différentes dispositions à un examen approfondi.

¹ Dans le même sens : VON WALDKIRCH : op. cit. p. 17. — HOERNI : *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse*. Genève, thèse, 1917, p. 23. — ZOLLER : *Die Notverordnung und ihre Grundlage im Schweiz. Staatsrecht insbesondere*. Diss., Zürich 1928, p. 94. — BURCKHARDT : *Gedanken eines Neutralen*, im Politischen Jahrbuch der Schweiz. Eidgenossenschaft 1914, p. 11. *Message* du 2 septembre sur le premier programme financier. F. féd. 1933 II, p. 287.

§ 2. L'article 2 de la Constitution. — Cet article dispose : « La Confédération a pour but d'assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger, de maintenir la tranquillité et l'ordre à l'intérieur, de protéger la liberté et les droits des confédérés et d'accroître leur prospérité commune ».

A l'appui de certains actes qu'elles ne savent comment justifier (spécialement la pratique des subventions dans de multiples domaines)¹, les autorités invoquent parfois l'art. 2 de la Constitution fédérale. Les juristes sont cependant quasi unanimes à reconnaître que cet article n'a pas de portée juridique et qu'il ne saurait en tout cas permettre de délimiter les compétences des autorités fédérales².

A l'occasion d'un recours ancien, le C.F. déclarait lui-même que la Confédération ne peut poursuivre les buts énumérés à l'art. 2 que dans les limites de ses compétences telles qu'elles sont fixées par les autres dispositions de la Constitution fédérale³. A notre connaissance, un seul juriste, von Waldkirch, a prétendu tirer argument de l'art. 2 de la Constitution fédérale pour établir l'existence d'un droit de nécessité. Tout en reconnaissant que l'art. 2 ne permet pas de délimiter les compétences de la Confédération, cet auteur⁴ refuse d'y voir seulement la déclaration intéressante du point de vue historique, de l'idée politique qui a guidé les fondateurs de la nouvelle Confédération⁵. C'est cependant par une voie détournée (à l'appui de son interprétation des art. 85 et 102 de la Constitution fédérale), qu'il invoque l'art. 2. Von Waldkirch part du principe que certaines dispositions d'une teneur plus générale, l'art. 2 par exemple, ont la préséance sur d'autres plus spéciales. Les différentes dispositions constitutives de compétence et de garantie qui viendraient, dans certaines circonstances, empêcher la Confédération de remplir sa tâche, telle qu'elle est définie à l'art. 2, doivent alors s'effacer. Pour permettre aux autorités fédérales d'observer une disposition essentielle de la Constitution fédérale (l'art. 2), les art. 85 ch. 6, 7, 8 et 102, ch. 2, 8, 9 et 10, doivent nécessairement contenir un droit

¹ GIACOMETTI : *Die Auslegung der schweiz. B. V.*, Recht und Staat N° 39, 1925, p. 9. — RUCK : *Verfassungsrecht und Verfassungsleben in der Schweiz*, Sonderdruck aus der Zeitschrift für Politik, Band 14, Heft 14.

² FLEINER : *Schweiz. Bundesstaatsrecht*, p. 42 et ss. — HOERNI : op. cit. p. 49. — BIERI : *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch den Richter*, p. 121. — AFFOLTER : *Grundzüge des schweiz. Staatsrechts*, p. 43 ss. — BURKHARDT : *Commentaire*, p. 1 et ss. — ZOLLER : op. cit. p. 98. — GIACOMETTI : *Die Auslegung der schweiz. B. V.*, Recht und Staat 39, 1925, p. 27 ss. — *Über das Rechtsverordnungsrecht im Bundesstaate*, Festgabe für Fleiner 1927, p. 378. — *Das Verfassungsrechtsleben der schweizerischen Eidgenossenschaft in den Jahren 1914-1921*, Sonderabdruck aus Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart vol. XI, 1922. — HIS : *Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des B. v. vom 3. August 1914*, Z. f. s. R., 1917, p. 289 et ss. — LAMPERT : *Das schweiz. Bundesstaatsrecht*, p. 14. — RUCK : *Verfassungsrecht und Verfassungsleben in der Schweiz*, Sonderdruck aus der Z. f. Politik, vol. 14, cahier 14. — GÄHWILER : *Lücken der Verfassung*, Diss. Fribourg 1928. — KRAFFT : *Essai d'une réglementation constitutionnelle des mesures de nécessité*, p. 5. — TINGSTEN : *Les pleins pouvoirs*. Librairie Stock, p. 112.

³ BURKHARDT : *Commentaire*, éd. 1931, p. 2.

⁴ VON WALDKIRCH : op. cit. p. 21.

⁵ BURKHARDT : *eodem loco*.

de nécessité¹. Le C.F. qui semblait assez disposé à admettre cette thèse dans son deuxième rapport de neutralité² paraît y avoir actuellement renoncé³. Il fallait qu'elle fût bien peu solide pour que les autorités fédérales, obligées souvent de se contenter de constructions juridiques assez fragiles, l'abandonnent délibérément. Quoi qu'il en soit, on peut opposer à l'opinion de von Waldkirch les arguments suivants :

1. Dans un débat juridique, on ne saurait s'appuyer sur l'art. 2 qui n'a aucune portée juridique. Avec Hoerni⁴, nous admettons que cette disposition « est une pure réminiscence historique du temps où la Suisse n'était pas encore un état fédératif, mais une Confédération d'Etats, qu'il figurerait plus justement dans le préambule de la constitution ». Cet article se borne à rappeler l'idée qui a guidé les constituants dans l'élaboration de la constitution.

2. Comme le reconnaissait le C.F. lui-même⁵, la Confédération ne peut poursuivre les buts de l'art. 2 que dans les limites de ses compétences telles qu'elles sont fixées par les autres articles de la constitution. Ce qui caractérise l'état de droit, c'est que non seulement le but du gouvernement s'y trouve fixé, mais les moyens de le réaliser. Faire de l'art. 2 la règle supérieure de la constitution, c'est rendre inutiles toutes les autres dispositions et limiter la constitution à cet article qui investirait en tout temps les autorités de véritables pleins pouvoirs.

3. Si véritablement les autorités fédérales pouvaient atteindre les objectifs de l'article 2 en violant les autres règles de la constitution, on ne voit pas pourquoi elles ne le pourraient qu'en cas de nécessité et non dans tous les cas où cela paraîtrait opportun.

4. Comme le dit Tingsten⁶ : « en admettant même que l'art. 2 renfermât une règle juridique du même ordre que celles des autres articles de la constitution, on ne saurait évidemment lui attribuer une prééminence sur ces articles, à moins qu'on n'admette préalablement que les dispositions les plus importantes du point de vue politique, doivent occuper au point de vue juridique une position supérieure. »

5. La règle *lex specialis derogat generali*, ne permet pas de donner à l'art. 2, disposition générale, le pas sur les autres dispositions spéciales de la constitution⁷.

¹ VON WALDKIRCH : op. cit. p. 21 : « Zeigt sich nämlich dass diese Bestimmungen den in Art. 2 festgelegten Staatszweck nur verwirklichen können wenn sie ein Notverordnungsrecht enthalten, so muss angenommen werden dass sie ein solches wirklich begreifen sollen ».

² F. féd. 1916, I, p. 132.

³ Voir argumentation juridique du message du 2 septembre 1933, sur le premier programme financier ; F. féd. 1933, vol. II, p. 287.

⁴ Op. cit. p. 49.

⁵ Voir p. 15, note 3.

⁶ Op. cit. p. 111.

⁷ His : *Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des B.b. vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen Notstandsmassnahmen*, Z. f. s. R. 1917, 36, p. 287.

6. L'art. 2 ne saurait permettre de violer en cas de danger, les droits des cantons et les libertés individuelles puisqu'il désigne lui-même comme but de la Confédération la protection de la liberté et des droits individuels des Confédérés¹.

7. La question n'est pas de savoir quelles mesures la Confédération peut prendre pour atteindre les objectifs de l'art. 2, mais bien sous quelle forme, selon quelle procédure, elle peut les prendre en cas de nécessité. A cet égard l'art. 2 n'apporte aucune précision et ne prévoit aucune procédure extraordinaire.

8. A y regarder de près, on constate que la thèse de von Waldkirch est basée sur une idée préconçue qui relève plus du droit naturel que du droit positif. Cet auteur pose en principe qu'il existe dans tout Etat un droit de nécessité, qu'il est en somme naturellement donné et que, s'il n'est pas manifeste, c'est la tâche du juriste de le découvrir par interprétation². Partant de telles prémisses, il serait bien étrange qu'à force de torturer les textes on n'arrive pas à leur faire dire ce qu'on veut.

§ 3. Les articles 85 et 102 de la Constitution fédérale. — Pour justifier les pouvoirs extraordinaires, certains juristes et les autorités fédérales elles-mêmes ont parfois invoqué les articles 85 et 102 de la Constitution fédérale, plus particulièrement les chiffres 6, 7 et 8 du premier ; 2, 8, 9 et 10 du second :

Art. 85. Les affaires de la compétence des deux conseils sont notamment les suivants :

6. Les mesures pour la *sûreté extérieure* ainsi que pour le *maintien de l'indépendance et de la neutralité* de la Suisse ; les déclarations de guerre et la conclusion de la paix.

7. La garantie des constitutions et du territoire des cantons, l'intervention par suite de cette garantie ; les mesures pour la *sûreté intérieure de la Suisse, pour le maintien de la tranquillité et de l'ordre...*

8. Les mesures pour faire respecter la Constitution fédérale et assurer la garantie des constitutions cantonales, ainsi que celles qui ont pour but d'obtenir l'accomplissement des devoirs fédéraux.

Art. 102. Les attributions et les obligations du Conseil fédéral *dans les limites de la présente constitution*, sont notamment les suivantes :

2. Il veille à l'observation de la constitution, des lois et des arrêtés de la Confédération, ainsi que des prescriptions des concordats fédéraux ; il prend de son chef ou sur plainte les mesures nécessaires pour les faire observer, lorsque le recours n'est pas du nombre de ceux qui doivent être portés devant le T.F. à teneur de l'art. 113.

8. Il veille aux intérêts de la Confédération au dehors, notamment à l'observation de ses rapports internationaux, et il est, en général, chargé des relations extérieures.

¹ His : Op. cit. p. 293.

² VON WALDKIRCH : op. cit. p. 8 et ss.

9. Il veille à la *sûreté extérieure* de la Suisse, au maintien de son *indépendance* et de sa *neutralité*.

10. Il veille à la *sûreté intérieure* de la Confédération, au *maintien de la tranquillité et de l'ordre*.

Comme on a pu le voir, ces dispositions¹ font allusion à plusieurs reprises à la *sûreté extérieure*, à la *sûreté intérieure*, à l'*indépendance*, que les autorités fédérales ont le devoir de défendre. Est-ce à dire que dans la réalisation de ces objectifs, les autorités fédérales puissent user de tous moyens et ne pas observer en particulier les autres dispositions constitutionnelles et législatives ? Aux termes de l'article 71 de la Constitution fédérale, l'A.F. est

¹ Pour l'argumentation de ceux qui se prévalent des dispositions précitées, voir en particulier :

Deuxième rapport de neutralité, F. féd. 1916, I, p. 131 : « On peut se dispenser d'examiner si l'article 85 ch. 6 et 7 et l'article 102 ch. 8, 9 et 10 combinés avec l'article 2 de la constitution ne fondent pas expressément le droit de prendre des arrêtés d'urgence ».

GIACOMETTI : *Das selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates*, S. J. Z. 31, p. 257. Dans cette belle étude, l'auteur rappelle :

1° qu'à l'occasion des guerres de 1866 et de 1870/71, le C.F. invoqua l'art. 90 ch. 9 de la constitution, qui correspond aujourd'hui à l'art. 102 ch. 9 pour prendre des ordonnances au sujet du maintien de la neutralité ;

2° que pendant la guerre certaines mesures de nécessité ont été basées directement sur l'art. 102 ch. 9, tels : l'ordonnance du 2 juillet 1935 concernant la répression des outrages envers les peuples, chefs d'état et gouvernements étrangers. R.O. 31, p. 223 ; l'arrêté du C.F. du 27 juillet 1915 sur le contrôle de la presse au cours des événements de guerre. R.O. 31, p. 247 ;

l'arrêté du C.F. du 12 juillet 1918 sur les mesures contre les atteintes à la sûreté intérieure de la Confédération. R.O. 34, p. 1194.

Il est vrai que ces mesures s'appuient également sur l'arrêté fédéral du 3 août 1914 (pleins pouvoirs) ;

3° que ces derniers temps, le C.F. a de nouveau *légiféré* sur la base des art. 102 ch. 8 à 10 :

arrêté du C.F. du 12 mai 1933 interdisant le port d'uniformes de partis. R.O. 1933, p. 315 ;

arrêté du C.F. du 26 mars 1934 concernant certains abus de la presse. F. féd. 1934, p. 867.

SPAHN (président de la commission du C.N. sur les pleins pouvoirs) invoque l'art. 85 ch. 6 dans son rapport sur le deuxième rapport de neutralité.

C. N. HUNZIKER : Lors du débat sur le deuxième programme financier, affirme que l'art. 85 ch. 6 contient un droit général de nécessité ; bull. stén. C.N. 1936, p. 580.

VON WALDKIRCH, op. cit., estime qu'interprétés à la lumière de l'art. 2, les chiffres précités des art. 85 et 102 contiennent un droit de nécessité. Voir d'ailleurs ci-dessus, p. 15 et ss.

BURCKHARDT restreint le débat aux art. 85 ch. 6 et 7 et 102 ch. 9 et 10. *Commentaire* éd. 1931, p. 670 ss. voir ci-dessus p. 13, note 3.

Politisches Jahrbuch der Schweiz. Eidgenossenschaft, vol. 28, 1914, p. 10 : « La constitution fédérale prévoit que l'A.F. doit prendre les mesures nécessaires au maintien de la sécurité extérieure et de la neutralité du pays ; on peut invoquer cette disposition si on ne croit pas pouvoir se passer de texte constitutionnel exprès ».

SULZER (*Der allgemein verbindliche B.b. nach Art. 89 der Schweiz. B.V.*, p. 61), estime que l'art. 85 ch. 6 et 7 prévoit l'état de nécessité et que l'A.F. peut y parer en édictant des arrêtés d'urgence.

GIACOMETTI (*Das Verfassungsrechtsleben der Schweiz. Eidgenossenschaft in den Jahren 1914-1921, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. XI, p. 340) paraissait admettre en 1921 que l'art. 85 ch. 6 et 7 prévoyait un droit de nécessité. Ce juriste semble actuellement être revenu de cette idée. (Voir en particulier : *Über das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate*, Festgabe für Fleiner 1927).

l'autorité suprême de la Confédération et l'article 85 ne précise pas qu'elle doit exercer ses attributions dans les limites de la constitution et des lois ; on pourrait être tenté dès lors de déduire un droit de nécessité de certains chiffres de l'art. 85. Cette thèse est si apparemment contredite par d'autres dispositions et conduirait à de telles conséquences qu'elle ne peut être admise.

Avant de passer à la discussion et afin d'éclairer le débat en le restreignant à sa véritable portée, il convient d'éliminer d'emblée certaines dispositions citées plus haut qui ne peuvent être raisonnablement invoquées à l'appui d'un droit général de nécessité. Il en est particulièrement ainsi des articles 85 *ch. 8 et 102, ch. 2* qui font un devoir aux autorités fédérales de faire respecter la constitution fédérale, les lois, les concordats et les constitutions cantonales. Il est pour le moins singulier d'invoquer en cette matière des dispositions que le droit de nécessité conduit à violer¹.

Comme le dit Hœrni : « Quant aux mesures qui ont pour but l'accomplissement des devoirs fédéraux (*art. 85, ch. 8 in fine*) elles supposent un conflit entre la Confédération et un ou plusieurs cantons. A supposer qu'un tel conflit compromît la sécurité intérieure ou même extérieure de la Confédération, alors ce seraient les chiffres 6 et 7 de ce même article qui deviendraient applicables². » On peut en dire autant de l'article 102, *ch. 8* ; si à l'occasion des relations extérieures dont il y est question, la sécurité extérieure était en jeu, il y aurait lieu d'appliquer les articles 85, *ch. 6 et 102, ch. 9*. Du chiffre 7 de l'article 85 on peut se borner à retenir le passage relatif à la sécurité intérieure, au maintien de la tranquillité et de l'ordre³. Notre examen se trouve dès lors réduit aux articles 85, *ch. 6 et 7 (in fine)* et 102, *ch. 9 et 10*. Enfin, pour la question qu'il nous importe d'éclaircir, nous pouvons restreindre nos observations aux chiffres précités de l'art. 85, tant il est vrai que l'art. 102 ne saurait aller plus loin que l'art. 85, puisque formulées à peu près dans les mêmes termes, les compétences du Conseil fédéral ne sont que subsidiaires. S'il devait résulter de notre examen que l'art. 85 ne contient aucun droit de nécessité, a fortiori en serait-il ainsi de l'art. 102. Nous pouvons donc éliminer l'art. 102 dont le préambule insiste d'ailleurs sur le fait que le C.F. doit exercer ses compétences *dans les limites de la présente constitution*. Il ne s'agit plus dès lors que de rechercher si les mesures que l'A.F. est autorisée à prendre pour la sûreté intérieure et extérieure peuvent être contraires aux autres prescriptions de la constitution et des lois en vigueur. Qu'il nous soit permis d'énumérer brièvement les arguments qui nous paraissent militer contre une réponse affirmative.

1. Sauf droit coutumier ou droit international, toute compétence de la Confédération doit être fondée sur un article du premier chapitre de la constitution.

¹ HOERNI : Op. cit. p. 29. — Gaston JÈZE : Op. cit. p. 108.

² HOERNI : Op. cit. p. 30.

³ HOERNI : *eodem loco*.

Le second chapitre (les articles 85 et suivants en particulier,) se borne en effet à répartir entre les différents organes de la Confédération les compétences réservées par le premier chapitre à la Confédération ¹.

2. L'art. 71 dont dépend en somme l'art. 85 dispose expressément que l'A.F. exerce l'autorité suprême *sous réserve des droits du peuple et des cantons*. En d'autres termes, si les mesures à prendre sont d'ordre constitutionnel ou législatif, le concours du peuple, le cas échéant des cantons, est indispensable.

3. L'art. 84, plus général que l'art. 85 dispose lui-même : « Le Conseil national et le Conseil des Etats délibèrent sur tous les objets que *la présente constitution* place dans le ressort de la Confédération et qui ne sont pas attribués à une autre autorité fédérale ». Si un droit général de nécessité ne peut pas être tiré de l'art. 84, à plus forte raison ne peut-il pas l'être de certaines dispositions particulières de l'art. 85.

4. L'art. 85, ch. 2 charge l'A.F. d'édictier les lois et arrêtés *sur les matières que la constitution place dans la compétence fédérale*. On ne comprendrait guère que dans le même article le constituant charge l'Assemblée fédérale de faire les lois et de les violer.

5. Plusieurs dispositions constitutionnelles et législatives qui prévoient des règles spéciales en cas de circonstances extraordinaires en particulier les art. 29, ch. 3 et 102, ch. 11 de la constitution, seraient inutiles si les art. 85, ch. 6 et 7 attribuaient à l'A.F. un droit général de nécessité.

6. Si le constituant avait réellement entendu donner à l'Assemblée fédérale le pouvoir très important de s'écarter dans des circonstances extraordinaires des limites fixées ordinairement à son activité, il l'aurait dit expressément, comme à l'art. 29, ch. 3 ². Dans l'état de droit toute autorité tire ses compétences de la constitution et l'on doit admettre dans le doute que le respect des règles ordinaires s'impose dans tous les cas.

Burckardt reconnaît qu'on peut douter si des dispositions aussi obscures donnent aux autorités fédérales un pouvoir si étendu ³.

7. Si l'on admet qu'en poursuivant les objectifs fixés à l'art. 85, ch. 6 et 7, l'Assemblée fédérale n'est pas tenue de respecter les autres dispositions constitutionnelles, on ne voit point pourquoi il n'en serait pas de même en dehors du cas de nécessité et pour tous les objectifs prévus aux chiffres de l'art. 85 ⁴.

¹ Cela ressort manifestement de l'article 84 : « Le Conseil national et le Conseil des Etats délibèrent sur tous les objets que *la présente constitution* place dans le ressort de la Confédération et qui ne sont pas attribués à une autre autorité fédérale » et du préambule de l'article 85 : « Les affaires de la compétence des deux conseils sont *notamment* les suivantes » ... ; l'article 85 n'est pas attributif de compétence pour la Confédération. Dans ce sens, FLEINER, *commentaire* p. 16. — GIACOMETTI : *Über das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaate*. Festgabe für Fleiner, p. 378. — SCHOLLENBERGER : *Das Bundesstaatsrecht der Schweiz*, p. 179. — Opinion contraire : BURCKHARDT : *Commentaire*, p. 678.

² GIACOMETTI : *eodem loco*.

³ BURCKHARDT : *Commentaire*, p. 670 s.

⁴ HOERNI : *op. cit.* p. 40. — ZOLLER : *op. cit.* p. 95.

8. Les mesures envisagées par l'art. 85, ch. 6 et 7 sont d'ordre *administratif* et *militaire* et doivent, comme telles, être prises dans les limites des prescriptions constitutionnelles et législatives¹. C'est en effet à l'art. 85, ch. 1, 2 et 3 que sont énumérées les compétences législatives de l'Assemblée fédérale.

9. En admettant même que les compétences prévues aux chiffres 6 et 7 de l'art. 85 soient d'ordre législatif, elles ne permettraient pas à l'Assemblée fédérale de sortir des limites constitutionnelles. En autorisant la Confédération à légiférer dans tel ou tel domaine la constitution n'entend nullement l'autoriser à s'écarter des principes constitutionnels.

10. La question n'est pas de savoir quelles mesures l'Assemblée fédérale peut prendre pour la sauvegarde de la sécurité intérieure et extérieure, *mais sous quelle forme* ces mesures peuvent être prises, en cas de péril imminent. En proposant au peuple et aux cantons une révision constitutionnelle ou en votant une loi soumise au referendum facultatif, l'Assemblée fédérale peut chercher à assurer la sécurité intérieure ou extérieure. Cette procédure étant manifestement trop lente en cas de péril grave, *il s'agit de savoir si la constitution a prévu une procédure extraordinaire permettant en cas de nécessité de prendre rapidement les mesures d'ordre constitutionnel ou législatif qui pourraient s'imposer*.

11. Les juristes qui invoquent les art. 85, ch. 6 et 7 reconnaissent eux-mêmes que ces dispositions ne sont pas suffisamment claires². Il serait bien surprenant que le pouvoir le plus élevé des autorités fédérales, ne puisse leur être reconnu qu'après des efforts prestigieux d'interprétation³.

12. Les autorités fédérales ont tacitement reconnu que l'art. 85, ch. 6 et 7 ne crée aucun droit général de nécessité en faveur de l'Assemblée fédérale en renonçant à se prévaloir de cette disposition et en appuyant leurs actes sur un droit non écrit de nécessité.

Sans doute, les autorités fédérales et la doctrine ne partagent-elles pas toutes les opinions que nous venons d'exposer. Il se peut que ces avis différents aient créé un droit coutumier dérogeant au droit écrit tel que nous nous sommes efforcé de l'interpréter. C'est une question que nous nous réservons d'examiner au chapitre 4 de notre étude.

§ 4. L'article 89 de la Constitution fédérale. La clause d'urgence. — L'art. 89 al. 2 est ainsi conçu : « Les lois fédérales sont soumises à l'adoption ou au rejet du peuple, si la demande en est faite par 30 000 citoyens actifs

¹ RUCK : *Schweiz. Staatsrecht*, art. 85 ch. 6, p. 80. — BURCKHARDT : *Z.f.s.R.*, 35, 1916, p. 618 : « Man dachte sich unter diesen Massregeln wohl zunächst militärische und diplomatische, die an der gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Ordnung nichts zu ändern brauchten ». — SCHOLLENBERGER : *Das Bundesstaatsrecht der Schweiz*, place les ch. 6 et 7 de l'art. 85 sous ce titre : *Verwaltung im engeren Sinne, d. h. Anwendung des Gesetzes selbst*.

² VON WALDKIRCH : *op. cit.* p. 20.

³ KRAFFT, à la page 5 de son essai d'une réglementation constitutionnelle des mesures de nécessité, parle de *décorticage*.

ou par huit cantons. Il en est de même des arrêtés fédéraux qui sont d'une portée générale et qui n'ont pas un caractère d'urgence ».

En cas d'urgence, l'Assemblée fédérale peut donc soustraire au referendum les arrêtés fédéraux de portée générale et les mettre immédiatement en vigueur. De là à dire qu'en cas d'urgence l'Assemblée fédérale peut prendre immédiatement sous forme d'arrêté fédéral urgent, et sans le concours du peuple, toutes les mesures qui pourraient s'imposer, il n'y a qu'un pas et plusieurs juristes n'ont pas hésité à le franchir¹.

Admettre que la clause d'urgence crée un droit général de nécessité susceptible de s'exercer *contra constitutionem* ou même *contra legem*, c'est oublier :

1. que l'arrêté fédéral de portée générale, urgent ou non, est une forme inférieure à la constitution et à la loi et que seules les mesures destinées par leur nature à faire l'objet d'un arrêté de portée générale peuvent revêtir cette forme.

2. que l'urgence est une notion différente de la nécessité.

Sur le premier point, nous nous en voudrions de ne pas citer l'opinion de Roger Secrétan dans sa belle étude sur l'initiative populaire et la législation de crise (recueil des travaux de l'Université de Lausanne 1934, p. 135 ss.) : « L'urgence ne saurait être déclarée que pour les matières susceptibles par leur nature de faire l'objet d'un arrêté fédéral. Le choix entre le procédé de la loi et celui de l'arrêté est déterminé par la nature de la question non par sa plus ou moins grande urgence ».

Bien que le domaine de l'arrêté de portée générale soit assez difficile à déterminer, la plupart des juristes admettent que l'arrêté de portée générale est une forme inférieure à la loi, qu'il ne saurait dès lors modifier ni abroger des lois fédérales, encore moins des principes constitutionnels².

¹ VON WALDKIRCH : op. cit. : « Einzig HIESTAND erklärt, dass sich die Notverordnung im schweiz. Bundesstaatsrecht finde « abgesehen von den in Art. 102 ch. 8-11 B.V. dem Bundesrate zugestandenen eingreifenden Massregeln, in der Dringlicherklärung von allgemein verbindlichen Beschlüssen gemäss Art. 89 al. 2. »

SULZER : *Der allgemein verbindliche B.b. nach Art. 89 der schweiz. B.V.*, diss. Zürich, p. 61 ss. Tout en déclarant que l'arrêté de portée générale est destiné à certains actes administratifs qui, par leur importance, doivent être soumis au contrôle du peuple, Sulzer admet que ce principe ne s'applique pas en cas de nécessité. En ce cas, et par extraordinaire, des mesures d'ordre constitutionnel ou législatif peuvent revêtir la forme d'un arrêté fédéral de portée générale, muni de la clause d'urgence.

FLEINER : *Die Dringlichkeitsklausel*. Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, p. 577 ss. Après avoir déclaré (p. 579) « Der allgemein verbindliche Bb. ist zur Aufnahme von Verwaltungsakten bestimmt, und zwar von solchen welche von grösserer finanzieller oder politischer Bedeutung sind » écrit cependant (p. 581) « In solchen Notlagen — und nur in ihnen — wird der dringliche Bundesbeschluss zu einem Mittel für die Rechtssetzung ».

Pour GIACOMETTI (*Über das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaate*, p. 368 s.) l'article 89 al. 2 crée un droit de nécessité susceptible de s'exercer *contra legem*. C'est-à-dire que sous forme d'arrêté fédéral urgent, l'Assemblée fédérale peut édicter, abroger ou modifier des principes d'ordre législatif, mais non constitutionnel.

² FLEINER (*Schweiz. Bundesstaatsrecht*, p. 402 s.) admet que l'arrêté de portée générale doit nécessairement servir à un autre but que la loi (aux actes administratifs d'une impor-

Dès qu'on reconnaît la supériorité de la loi sur l'arrêté de portée générale, on doit admettre que même en cas d'urgence, les mesures législatives ou constitutionnelles ne peuvent être prises sous forme d'arrêté de portée générale. La difficulté de tracer une limite précise entre le domaine de la loi et celui de l'arrêté de portée générale n'est pas telle que dans les cas importants, gouvernement et parlement ne sachent choisir la forme qui convient¹. Dans son message sur le premier programme financier, le C.F. avoue, lui-même, qu'on n'a pas suivi en l'occurrence « les formes légales dont le respect est de rigueur pour toutes les activités normales de l'Etat² ». Aussi le C.F. n'invoque-t-il pas la simple urgence pour légitimer la procédure extraordinaire mais bien l'état de nécessité et le droit de nécessité.

Prétendre, comme Giacometti, que l'arrêté de portée générale est une forme égale à la loi, c'est perdre de vue qu'il peut être muni de la clause d'urgence et soustrait au referendum, qu'il représente par conséquent une

tance particulière) et qu'un arrêté fédéral soustrait au referendum ne devrait pas abroger ou modifier une loi (*eodem loco*, p. 4 et 5).

Comme le relève HOERNI (op. cit. p. 44 s.), c'est un principe essentiel que toute règle de droit doit être modifiée dans les formes où elle a été créée (dans le même sens : AFFOLTER : *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, p. 147).

SULZER (op. cit. p. 37) est d'avis que l'arrêté de portée générale est une forme inférieure à la loi puisqu'il peut être muni de la clause d'urgence et soustrait au referendum. Pour lui, comme pour Fleiner, il devrait servir de forme aux actes administratifs d'une importance particulière.

Comme le disait NAINÉ (bull. stén. C.N. 1921, p. 279) : « On peut proclamer l'urgence pour un arrêté, c'est-à-dire quelque chose qui n'a pas le caractère d'une loi ».

Pour RUCK (*Schweiz. Staatsrecht*, p. 121), l'arrêté de portée générale est réservé aux actes administratifs et constitue dès lors une forme inférieure à la loi.

BURCKHARDT (*Commentaire*, p. 707) admet que seuls des préceptes juridiques (Rechtsätze) d'intérêt secondaire peuvent être édictés sous forme d'arrêté de portée générale.

ZOLLER (op. cit.) est d'avis que l'arrêté de portée générale doit contenir des règles moins générales et moins abstraites que celles des lois.

Pour BONJOUR (*La Démocratie Suisse*, p. 93), les arrêtés ont généralement une nature administrative.

JÈZE (op. cit. p. 120 s.) déclare à bon droit : « En fait, les règles de droit importantes, sont édictées sous forme de loi. Une fois qu'une matière a été réglée par une loi, cette loi ne peut être modifiée que par une loi et non par un arrêté de portée générale. » Cette opinion est partagée par KUHN (*Die Spuren des Krieges in der Bundesgesetzgebung. Separatdruck aus der Z.B.J.V., Band LVIII, p. 3*) et par HUBER (*Die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch das Notverordnungsrecht des Bundes*, diss. Bern 1925, p. 31).

TINGSTEN (op. cit. p. 585) écrit fort justement : « On peut dire toutefois, ce qui suffit en l'espèce, que d'une façon générale on donne aux règles juridiques importantes et d'un caractère général la forme de loi ; les arrêtés de même nature mais d'importance moindre, sont considérés comme ayant une portée générale ; enfin on attribue aux décisions concrètes d'ordre administratif le caractère d'arrêtés fédéraux simples. »

Les autorités fédérales elles-mêmes ont exprimé un avis semblable ; consultation N° 133 du département de justice et police du 1^{er} novembre 1919 (SALIS, volume II, p. 442) : « Une loi ne peut être correctement modifiée ou abrogée que par une autre loi. Conformément à cette règle, le Conseil fédéral n'a admis pendant la guerre la modification de lois, par des arrêtés fédéraux qu'au titre de mesures extraordinaires. Les arrêtés fédéraux ne furent déclarés urgents qu'en raison de la situation actuelle. »

¹ Nat.-Rat A. OERI, Bâle : *Verfassung und Notrecht in « die Schweiz », ein National-Jahrbuch für 1934*, p. 67 s.

² Message du 2 septembre 1933 (F. féd. 1933, II, 287).

forme inférieure à la loi. C'est admettre que le constituant a pu prévoir pour les mêmes mesures deux formes ne différant que de nom : la loi et l'arrêté de portée générale ; c'est oublier enfin qu'en créant une sorte d'arrêté soumis en principe au referendum, le constituant voulait étendre les droits populaires et non les restreindre. D'ailleurs, l'argumentation de Giacometti, comme presque toute la doctrine suisse-allemande, se trouve obscurcie par la notion du *Rechtssatz* que de nombreux juristes se sont essayés en vain, à définir et qui ne correspond à rien de précis en français. Partant du principe que l'arrêté de portée générale contient, comme la loi, des *Rechtssätze* (principes juridiques généraux et abstraits), Giacometti en arrive logiquement à mettre ces deux sources de droit sur le même pied. Avec Zoller, nous pensons plutôt que tout en étant générales et abstraites les dispositions d'un arrêté de portée générale présentent ces caractères à un degré moindre que les lois. Seul le degré de généralité et d'individualisation fixe la forme à employer¹.

Si l'on estimait que l'arrêté de portée générale peut contenir des mesures d'ordre législatif ou constitutionnel, on n'aurait aucune raison de restreindre cette possibilité aux cas de nécessité ou même d'urgence.

Les autorités fédérales n'invoquent pas la clause d'urgence pour fonder leur théorie du droit de nécessité. Si cette particularité de notre droit fédéral leur avait paru susceptible de fonder si légèrement qu'il soit, le droit de nécessité, elles n'auraient pas manqué d'en faire état.

Quant à la distinction entre urgence et nécessité, remarquons que la première notion ne contient nullement la seconde. Il y a urgence lorsqu'une mesure *rentrant dans le cadre de l'arrêté de portée générale* doit être prise immédiatement pour pouvoir être appliquée. *Au contraire, la nécessité implique l'impossibilité d'observer les formes ordinaires* pour sauver l'Etat. Certains juristes reconnaissent que l'arrêté de portée générale est une forme inférieure à la loi, mais, s'écartent de ce principe en cas de nécessité². Pour eux, l'arrêté de portée générale urgent se trouve être destiné à la fois aux mesures rentrant ordinairement dans le cadre de l'arrêté de portée générale et aux mesures extraordinaires de nécessité contraires à la loi ou à la constitution. Ce double rôle de l'arrêté fédéral urgent ne trouve manifestement aucun appui dans la constitution.

Pour éviter tout malentendu, notons une fois de plus que nos observations n'ont trait qu'à la constitution écrite interprétée selon les règles que nous avons adoptées. Force nous est de reconnaître que les autorités fédérales ont souvent édicté, abrogé ou modifié des dispositions législatives par arrêté de portée générale, urgent ou non³. Il semble bien que

¹ En admettant même qu'un arrêté de portée générale puisse contenir des dispositions d'ordre législatif, on ne peut admettre qu'il modifie des lois existantes, sans renoncer au principe que toute règle doit être modifiée dans les formes où elle a été créée. La Confédération ayant légiféré dans presque tous les domaines, elle pourra bien rarement prendre sous forme d'arrêté de portée générale, des mesures d'ordre législatif. — HOERNI : op. cit. p. 43.

² FLEINER, SULZER : voir note 1, p. 22.

³ Pour les exemples voir SULZER : op. cit. Partie spéciale.

cette pratique tende à créer un droit coutumier sur le point d'abroger le droit écrit.

§ 5. *Arguments tirés des lacunes du droit.* — Comme nous venons de le voir, on cherche en vain dans notre droit écrit une disposition prévoyant un droit général de nécessité. Sans le contester, certains juristes tentent de donner un fondement juridique aux mesures extraordinaires prises en vertu d'un état de nécessité en raisonnant de la façon suivante : œuvre humaine imparfaite, la constitution peut n'avoir pas prévu certains cas extraordinaires. Si le constituant avait songé à l'état de nécessité par exemple, il n'aurait pas manqué de construire un droit de nécessité. L'absence de règle pour un cas imprévu constitue une lacune que les autorités doivent s'efforcer de combler en faisant appel aux principes supérieurs du droit¹.

A notre avis, les juristes qui pensent avoir trouvé là une solution juridique du problème se payent de mots et s'en apercevraient s'ils poussaient leur raisonnement jusqu'au bout et prenaient la peine de rechercher la nature des règles supérieures destinées à combler les lacunes du droit.

Il importe de préciser d'abord de quel droit on entend parler lorsqu'on dit qu'il présente des lacunes. Manifestement du droit écrit, ce qui exclut la possibilité de l'invoquer pour fonder le droit de nécessité. A quelle règle de droit recourir dès lors puisque dans l'état de droit toute compétence doit découler d'une source de droit reconnue ?²

Le droit écrit ne pouvant être invoqué, il ne reste que le droit coutumier et le droit naturel (pour autant d'ailleurs que ces sources puissent être admises dans notre droit public, ce que nous examinerons ci-dessous). La théorie des lacunes du droit n'apporte donc aucune lumière puisqu'elle oblige en définitive à rechercher si le droit coutumier ou le droit naturel³ peuvent servir de base juridique au droit de nécessité. Elle se borne en somme à exposer le problème et à lui donner un nom, sans lui trouver aucune solution réelle.

L'absence de règles spéciales pour le cas de nécessité ne constitue pas d'ailleurs une véritable lacune dans notre constitution. En l'absence de règles exceptionnelles, on doit admettre que les autorités fédérales doivent en toutes circonstances observer la constitution et les lois ou les reviser dans les formes prévues à cet effet. Cette règle est peut-être déplorable, mais

¹ His : *Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen Notstandsmassnahmen.* Z.f.s.R. 1917, p. 287 ss., particulièrement p. 294 : « Es können gänzlich unvorgesehene, unerwartete Ereignisse und Zustände eintreten auf welche eine Verfassung dann nicht gewaffnet ist. In diesem Falle spricht man von Lücken im Recht, obschon nicht im Recht als solchen, sondern bloss im gesetzten, geformten Recht ... Weist eine Rechtsordnung solche Unvollkommenheiten auf, so muss das richtige Recht gefunden werden durch freie Rechtsschöpfung. »

GÄHWILER : *Lücken der Verfassung.* Diss. Fribourg 1928, p. 10, 11 et tout le § 8.

² GÄHWILER : op. cit. § 7 : « Eine eigentliche Lücke des Rechtssatzes kann nur wieder durch einen Rechtssatz ausgefüllt werden, also durch eine Norm, die einer staatlich anerkannten Rechtsquelle entstammt. »

³ A quel droit His et GÄHWILER font-ils allusion lorsqu'ils déclarent, le premier que les lacunes n'existent pas dans le droit comme tel, op. cit. p. 294, le second, que le droit de nécessité est un droit non écrit (op. cit. § 8) ?

elle existe ; on ne saurait dès lors arguer d'une lacune et prétendre qu'en cas de nécessité, les autorités ne savent quelle règle observer¹. Accorder aux autorités fédérales des pouvoirs exceptionnels, en cas de nécessité, ce n'est pas combler une lacune du droit, mais créer de nouvelles règles de droit. Si cette création a lieu selon les formes ordinaires, il n'y a rien à objecter. Mais on ne saurait admettre a priori qu'on puisse y procéder selon d'autres formes².

Les juristes qui construisent le droit de nécessité en partant d'une lacune du droit se réfèrent par analogie au droit privé et en particulier à l'article premier du Code civil suisse qui fait au juge civil un devoir, en l'absence de règle écrite ou coutumière de trancher selon les règles qu'il édicterait, s'il avait à faire œuvre de législateur³.

Sans compter que cette comparaison ne se justifie pas dans le cas particulier, puisque, comme nous venons de le voir, l'obligation d'appliquer les règles ordinaires en cas de nécessité ne constitue pas une véritable lacune, *tout rapprochement de ce genre entre le droit public et le droit civil doit être écarté a priori, le droit public étant sans lacune*. Les juristes parlent de lacunes lorsque le droit positif ne contient aucune règle permettant de trancher une question qui doit absolument être résolue. On comprend d'emblée que pareilles lacunes peuvent se présenter en droit privé. Ce dernier constitue en effet un système de droits et d'obligations corrélatifs de sujets en principe égaux en droit. C'est en outre un principe du droit privé que le juge doit trancher tous les cas qui lui sont soumis et déterminer où est le droit, où est l'obligation, quand bien même le droit positif ne contiendrait aucune règle lui permettant de statuer. Le droit public est d'essence différente et ne détermine pas de rapports de droits entre sujets égaux et coordonnés. *Il n'existe d'obligations de droit public que celles qui sont fixées par la*

¹ Dr W. BURCKHARDT : *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, I. Teil, 5. Kapitel. Die Lücken des Gesetzes : « Es ist begreiflich, dass das Gesetz, wie jedes Menschenwerk, unvollkommen ist. Die Unvollkommenheit kann darin bestehen, dass es die Fragen, die es beantwortet, unrichtig, der Idee des Rechtes zuwider, beantwortet, oder darin, dass es Fragen, die es beantworten sollte, unbeantwortet lässt, dem Begriffe des Rechts zuwider. Im ersten Falle spricht man von unechten, im zweiten von echten Lücken. ... Das unrichtige Recht muss der Richter und die rechtsanwendende Behörde überhaupt, da sie grundsätzlich an das Gesetz gebunden ist, anwenden, trotz seiner Mangelhaftigkeit... »

² SECRÉTAN (op. cit. p. 142) : Résumant un article de BLUMENSTEIN (*Das Steuerrecht der Finanzvollmachten*), écrit avec raison : « Transférer des attributions à un autre organe ou créer pour un organe des droits que la constitution ne prévoit point, ce n'est pas combler une lacune de la constitution, c'est tout simplement la transgresser ».

GIACOMETTI : *Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung*. Recht und Staat N° 39, 1925, p. 22 : « Extensive Auslegung und Analogie führen nämlich, da sie, wie betont, der Lückenergänzung dienen, nicht zur Ableitung stillschweigender Verfassungsrechtsätze, sondern zur Schaffung neuen, der geschriebenen B.V. widersprechenden materiellen Rechts ».

Dans le même sens GÄHWILER, op. cit. p. 15.

³ HRS, op. cit. p. 294 : « Weist eine Rechtsordnung solche Unvollkommenheiten auf, so muss das richtige Recht gefunden werden durch freie Rechtsschöpfung seitens der anwendenden Behörden, eventuell mit Hilfe von Analogieschlüssen. Dieser in der Theorie anerkannte Grundsatz findet sich bekanntlich in ähnlicher Weise ausgesprochen in Art. 1, Al. 2 unseres Zivilgesetzbuches. »

loi¹. Le sujet de droit public (Etat ou citoyen) n'intervient que dans la mesure où il y est obligé par la loi. *Comme on doit se borner à faire en droit public ce que la loi commande, il ne saurait y avoir de véritables lacunes.* On ne peut dès lors tirer argument de l'existence de prétendues lacunes².

Examinons rapidement une théorie assez semblable à celle de la lacune de la loi et qu'on rencontre plus ou moins clairement exposée chez de nombreux auteurs, celle que la doctrine allemande appelle, l'*Inversionsmethode*. On peut la résumer ainsi : Le but du droit est d'assurer la vie de l'Etat et de ses membres. Si les circonstances sont telles qu'à vouloir respecter le droit les autorités s'éloignent de son but, elles ont le devoir de faire prévaloir l'intérêt de l'Etat sur le respect du droit. Cette argumentation en appelle, elle aussi à des règles supérieures au droit écrit. Dès l'instant où les moyens prévus par le droit écrit pour assurer la vie de l'Etat s'avèrent inopérants, on recourt à un principe supérieur. Pour un juriste, il importe de savoir si ce principe est d'ordre juridique. On est dès lors réduit, comme dans la théorie de la lacune de la loi, à examiner si cette règle supérieure

¹ Par application de ce principe, on admet que les cantons sont restés compétents dans tous les domaines où la constitution fédérale n'a pas limité cette compétence au profit de l'Etat fédéral. D'un autre côté c'est un principe de l'Etat de droit que les citoyens sont libres sauf compétence de l'Etat, prévue dans le droit positif.

GIACOMETTI : *Die Auslegung der schweiz. Bundesverfassung*, p. 21 : « Soweit nun eine solche Kompetenznorm die Befugnis des Bundes zur Regelung einer bestimmten Materie nicht enthält, steht diese Befugnis den Kantonen zu, beziehungsweise ist der Bürger hinsichtlich dieser Materie in seiner Freiheitssphäre durch den Bund nicht beschränkt... Die B.V. hat somit jede zwischen Bund und Kanton oder Bund und Bürger auftauchende Kompetenzfrage negativ oder positiv erschöpfend normiert... Die B.V. ist also lückenlos, im Gegensatz beispielsweise zum Zivilgesetzbuch. »

² Que la traite des blanches ne soit pas interdite dans un Etat, il n'y a pas de lacune dans le système juridique, mais une iniquité. Si la traite des blanches est interdite mais que le droit positif n'ait prévu aucune peine pour ceux qui s'y livreraient, ou aucun tribunal pour appliquer les peines prévues, ces défauts sont certes déplorables, mais en droit, l'autorité ne pourra y remédier qu'en complétant la loi dans les formes régulières.

BURCKHARDT : *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, p. 112 : « Öffentlich-rechtliche Pflichten bestehen nur soviel, als das Gesetz bestimmt. Es besteht daher nie die Gefahr, dass, wenn das Gesetz über eine Pflicht nichts statuiert, ein Loch entstehe, d. h. eine logisch ungelöste Frage, ein Widerspruch. Wenn das öffentliche Recht eine Pflicht nicht auferlegt, besteht sie nicht. Man kann mit der Erklärung der Menschenrechte sagen : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi, ne peut être empêché et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Wo der Gesetzgeber nicht befiehlt, behält der Einzelne seine « natürliche Freiheit », p. 114 : Dass es im Privatrecht echte Lücken geben kann, nicht aber im öffentlichen Recht, ist aus der Eigenart dieser beiden Rechtsgebiete einzusehen... »

GÄRWILER, op. cit. p. 9 et 10 : « Das öffentliche Recht dagegen ist spezifisch anderer Rechtsnatur. Es regelt nicht das Verhältnis zweier koordinierten Rechtssubjekte, sondern steht als zwingende Norm über dem Einzelnen. »

TINGSTEN, op. cit. p. 116 et 117 : « La thèse suivant laquelle il existe sur ce point des lacunes dans le droit n'est qu'une expression de la conception de l'auteur que le droit positif ne renferme pas tout ce que renferme le « droit supérieur » ; c'est donc un travestissement de la notion de droit naturel. Dans la comparaison que HIS établit entre les pouvoirs publics et le juge civil, il oublie que celui-ci tient sa compétence d'une formule juridique positive et qu'il n'existe dans le droit public aucune formule de cette nature, ce qui tient à ce que, contrairement au droit public, le droit privé ne traite que de droits et d'obligations corrélatifs. »

Dans le même sens ZOLLER, op. cit. 108 s.

est de droit coutumier ou naturel et si ces sources peuvent être reconnues dans notre droit public suisse. Cette théorie n'apporte donc elle non plus aucune solution juridique et ne fait qu'obscurcir de vocables inutiles un problème déjà suffisamment complexe ¹.

§ 6. **Opinion du Tribunal fédéral.** — Pour légitimer les mesures prises ou à prendre en cas de nécessité, le C.F. a souvent invoqué l'opinion du Tribunal fédéral. Dans son message sur le premier programme financier ², le C.F. après avoir rappelé les pleins pouvoirs qui lui avaient été accordés en 1914, déclarait : « Et le Tribunal fédéral a également admis les dispositions et décisions prises par le Conseil fédéral en vertu de ses pleins pouvoirs, reconnaissant ainsi la validité de la délégation votée par l'Assemblée fédérale..., les Chambres et le Tribunal fédéral n'ont donc pas hésité à affirmer que ce droit existe ³ ». M. le conseiller aux Etats Dietschi, rapporteur général sur le premier programme financier a fait siennes ces déclarations, ajoutant que le Tribunal fédéral venait de réaffirmer l'existence d'un droit de nécessité à l'occasion d'un recours contre le Grand Conseil saint-gallois ⁴. En 1916 déjà, dans son deuxième rapport de neutralité, le C.F. se prévalait de l'opinion du Tribunal fédéral ⁵.

On doit reconnaître qu'à plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a affirmé l'existence d'un droit de nécessité. L'arrêt rendu dans l'affaire Milliod (14 décembre 1915, A.T.F. 41 I. 551) ne laisse subsister aucun doute à cet égard puisque le T.F. y déclare expressément : « Enfin il n'est pas non plus exact de prétendre que l'A.F. n'a pu autoriser le C. F. à s'affranchir des règles constitutionnelles qui en temps ordinaire s'imposent à l'observation des autorités. *Bien que la constitution ne renferme pas de disposition formelle dans ce sens, il n'est pas douteux que lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, le C.F. est chargé de prendre toutes mesures exceptionnelles nécessaires pour le bien public menacé, il ne saurait être lié par la constitution dans cette œuvre indispensable* ». Cette manière de voir a été confirmée dans plusieurs

¹ GIACOMETTI : *Die Auslegung der schweiz. Bundesverfassung*, p. 21 ss. : « Nebst der extensiven, analogen Interpretation soll aber weiter auch die Auslegung mittelst der Inversionsmethode nicht zulässig sein : denn die letztere dient wie die extensive, analoge Auslegung ebenfalls der Lückenausfüllung und führt daher zu willkürlichen Rechtsschöpfung. Ja sie öffnet noch im höherem Masse... der Willkür Tür und Tor, denn aus dem Wesen des Staates kann je nach Bedürfnis jede überhaupt denkbare Kompetenz herausgelesen werden. »

² F. féd. 1935, II, p. 287.

³ Celui de nécessité.

⁴ Bull. stén. 1933, C.E., p. 276 : « Das B.G., eine unpolitische und neutrale Behörde, hat in mehrfachen Entscheiden die Anwendung von Notrecht neben den ausdrücklichen Bestimmungen der Verfassung gutgeheissen. Erst vor wenigen Tagen hat unser oberstes Landesgericht neuerdings gegenüber dem Kantonsrat des Kantons St. Gallen das Bestehen eines solchen Notrechtes bejaht, wobei allerdings zuzugeben ist, dass die Verfassung des Kantons St. Gallen hierfür eine gewisse Handhabe bietet. Aber auch so bildet dieser Entscheid eine Rechtfertigung des für die Durchführung des Finanzprogramms gewählten Vorgehens. »

⁵ F. féd. 1916, I, p. 131. Après avoir affirmé l'existence d'un droit de nécessité, le C.F. déclarait : « Cette manière de voir s'accorde pleinement avec celle de notre plus haute autorité judiciaire ».

arrêts relatifs aux pleins pouvoirs accordés au C.F. pendant la guerre et les années qui suivirent ¹. En revanche l'arrêt dont se prévalait M. le conseiller aux Etats Dietschi n'apporte aucun argument pour l'existence d'un droit de nécessité. Il résout une simple question de droit cantonal, et le T.F. ne décide pas si les dispositions constitutionnelles et législatives fédérales peuvent être violées en cas de nécessité ; il se borne à juger que le Grand Conseil saint-gallois a fait une application admissible d'un texte formel de la constitution saint-galloise ².

Le T.F. n'a jamais affirmé l'existence d'un droit écrit mais tout au plus d'un *droit non écrit de nécessité*, sans préciser s'il est d'essence naturelle ou coutumière. *L'opinion du T.F. ne nous dispense donc nullement de rechercher, comme nous en avons l'intention, si le droit naturel ou le droit coutumier peuvent être invoqués à l'appui d'un droit fédéral de nécessité.*

La jurisprudence du T.F. n'a d'ailleurs point en cette matière l'importance décisive qu'on pourrait être tenté de lui attribuer puisqu'en tout état de cause, le T.F. ne peut refuser d'appliquer les arrêtés de portée générale même inconstitutionnels ou illégaux. Fût-il d'avis qu'il n'existe aucun droit fédéral de nécessité, le T.F. ne pourrait pas s'opposer aux mesures prises par les autorités fédérales en vertu d'un prétendu droit de nécessité ³.

L'opinion du T.F. ne dispense donc point les juristes de chercher le fondement juridique du droit de nécessité en Suisse. Tout au plus doit-on examiner si cette opinion apporte de sérieux arguments à la thèse du droit naturel de nécessité ou si elle constitue une jurisprudence ayant créé un véritable droit coutumier de nécessité.

¹ Voir en particulier : J.d.T. 1921, p. 170 s., p. 290 s. ; 1920, p. 226 s. ; A.T.F. 46 I 256 ; J.d.T. 1921 I, p. 250 : « Il y a état de nécessité, dit le T.F., lorsque l'ordre des choses est en péril, qu'il s'agisse de son existence, de sa sécurité ou d'autres intérêts vitaux et qu'il est impossible d'y porter remède à temps par les voies légales ordinaires ».

² SECRETAN, op. cit. p. 141. Art. 55 al. 14 : « Der Grosse Rat trifft *verfassungsmässige Massregeln jeder Art, deren unverzügliche Ergreifung wegen drohender Gefahr oder Staatsinteresse notwendig ist* ».

³ Sur la base de l'art. 113, al. 3 c. f. et bien que cela ne soit pas évident (en disant simplement que le T.F. applique la constitution, les lois fédérales et les arrêtés de portée générale, l'art. 113 al. 3 ne tranche nullement le conflit qui peut exister entre ces différentes formes), on a toujours admis que la règle postérieure l'emporte, même si elle a été édictée en une forme inférieure ; qu'un arrêté de portée générale est par conséquent applicable même s'il déroge à la constitution ou à une loi fédérale. C'est à tort en revanche que le T.F. estime ne pas avoir le droit de décider si les mesures prises par le C.F. restent dans le cadre des pouvoirs spéciaux que lui accorde l'A.F. (cf. A.T.F. 41 I 551 et les arrêtés cités ci-dessus). — FLEINER : *Commentaire*, p. 418. — RUCK : *Schweiz. Staatsrecht*, p. 134. — GIACOMETTI : *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. B.G.*, p. 90 ss. — JÈZE : *L'exécutif en temps de guerre*, p. 62. — WOLFF : *Die ausserordentlichen Vollmachten des B.R., ihre Schranken und die Gerichte*, S.J.Z. 1918, p. 37 s. — TINGSTEN : *Les pleins pouvoirs*, p. 71.

CHAPITRE III.

De l'inexistence d'un droit naturel de nécessité

Au contraire des positivistes, pour qui il n'est de droit que positif, d'autres juristes parlent d'un droit naturel parfait, issu de la nature des choses et dont les droits positifs ne sont que des approximations plus ou moins imparfaites. Si le droit positif n'a pas pris la peine de prévoir un droit de nécessité, ce dernier se trouve néanmoins compris dans le droit naturel, tant il est vrai que tout Etat peut être exposé à des circonstances rendant inéluctable la violation des lois positives. Le droit de nécessité appartient en somme à l'Etat de par la nature même et n'est qu'une expression du droit à la vie ¹.

Pour réfuter cette théorie qui prétend reconnaître un caractère *juridique* à la nécessité en dehors du droit positif, nous croyons devoir exposer brièvement l'idée que nous nous faisons du droit.

C'est dans la sociabilité de l'homme que nous voyons le fondement du droit. Poussés par leur nature à vivre en société, les hommes cherchent à organiser le mieux possible leur vie commune. Ensemble de règles formulées de façon plus ou moins précise par un pouvoir plus ou moins organisé, le droit est un des moyens les plus importants d'assurer cette vie commune. *Œuvre humaine imparfaite*, il peut se faire que son observation soit incompatible avec son but, la conservation de la société. Dans ces circonstances la raison et la morale sont d'accord pour autoriser la violation du droit ². Ne suffit-il pas dès lors d'admettre que la raison, la morale ou la politique peuvent justifier la conduite des gouvernants qui, pour sauver la société dont ils règlent les destinées, prennent sur eux de violer les règles du droit afin de réaliser en définitive le but même du droit. Les gouvernants peuvent-ils invoquer par surcroît un droit supérieur, d'essence naturelle ? Nous ne le pensons pas *parce que nous ne voyons pas quel serait le contenu de ce droit supérieur et parce que nous estimons que les lois sociales sont une création du*

¹ Voir en particulier la thèse de HOERNI : *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse*.

Dans la tragédie de Sophocle, Antigone en appelait déjà à des règles naturelles pour s'élever contre l'édit de Créon : « Je n'ai pas eru que tes édits pussent l'emporter sur *les lois non écrites et immuables* des dieux, puisque tu n'es qu'un mortel. Ce n'est point d'aujourd'hui ni d'hier qu'elles sont immuables, mais elles sont éternellement puissantes et personne ne sait depuis combien de temps elles ont pris naissance. »

² Encore doit-il être manifeste qu'à vouloir respecter le droit, l'Etat court un grand danger. A notre avis, l'intérêt d'un Etat particulier ne peut justifier que la violation du droit interne et non du droit international. Pour décider si le droit international peut être violé dans certaines circonstances, il faut considérer l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble.

pouvoir, nécessitent en un mot une *intervention humaine et ne découlent pas simplement de certains faits*¹, comme les lois naturelles.

Du simple fait que l'intérêt de la société peut parfois exiger la violation du droit, on ne peut déduire un *droit* de nécessité. Il faut encore que ce fait d'expérience ait amené les hommes à en tenir compte dans leurs constructions juridiques². Loin de nous de vouloir méconnaître que des disciplines supérieures au droit peuvent parfois l'emporter sur ce dernier. Morale, raison, politique, etc., peuvent être en contradiction avec le droit existant qui finira par céder. C'est en revanche une confusion dangereuse de vouloir conférer à ces disciplines supérieures un caractère juridique.

On cherche en vain à préciser le contenu de ce droit naturel de nécessité. Son seul caractère serait de permettre la réalisation du bien commun, au mépris des règles de droit positif. Comment ne pas voir que *la réalisation du bien commun et la conservation de la société sont les buts du droit, mais ne sont pas des règles de droit*. C'est une notion supérieure au droit que celle du bien commun, une notion de morale. Une règle qui se bornerait à prescrire la recherche du bien commun ne serait pas une règle de droit.

Le droit ne fixe pas seulement le but, mais les moyens de l'atteindre. En cas de nécessité par exemple il s'agit de savoir si une autorité déterminée peut réaliser le bien commun en dehors de ses compétences et jusqu'à quel point elle peut s'écarter des règles ordinaires. Si le droit positif ne prévoit aucune exception au respect des règles ordinaires, on peut faire appel à la raison, à la morale, etc. pour s'écarter du droit positif mais non à un prétendu droit naturel, notion inutile qui n'apporte rien qu'un vocable nouveau et prête à confusion. Prétend-on qu'à côté des règles de prosodie, il y a des règles naturelles de prosodie, qu'au-dessus des règles d'architecture, il existe des règles naturelles d'architecture³; qu'en dehors des règles du jeu d'échecs, il en est de naturelles à ce jeu?

L'état de nécessité ne peut servir aux gouvernants que de légitimation

¹ HAURIOU : *Précis de droit constitutionnel*, p. 8 : « La règle de droit n'émane pas des faits sociaux de la même façon que les lois physiques émanent des phénomènes physiques ; elle est toujours l'œuvre d'un pouvoir qui, dans une certaine mesure, l'impose aux forces sociales ; elle a besoin d'être maintenue par ce pouvoir pour vaincre les résistances qu'elle rencontre » ; p. 253 : « En réalité, le pouvoir et la règle de droit ne sont pas des éléments complètement séparables et leurs relations sont intimes : d'une part le pouvoir de droit est créateur de droit et les règles de droit positif n'ont d'autres sources que le pouvoir... » Toute règle de droit ainsi d'ailleurs que toute institution sociale, est le résultat d'une opération de fondation qui se décompose en deux moments. Premier moment, un pouvoir doué d'autonomie fonde la règle de droit ou l'institution, c'est-à-dire qu'il formule la règle comme une déclaration de volonté ou qu'il déclare l'institution créée ; deuxième moment, le milieu social, au sein duquel cette déclaration de volonté a été faite, s'y soumet ou ne s'y soumet pas.

² Il va de soi qu'en créant le droit, le pouvoir est obligé de tenir compte de la réalité et des idées (morales ou autres) sous peine de voir son œuvre détruite. Cependant quelque puissants que soient les faits et les idées, la règle de droit ne se trouve pas absolument dictée par eux. Le pouvoir jouit d'une certaine liberté comme le peintre peut suivre plusieurs voies pour arriver à la beauté. Il est vrai que dans certains cas cette liberté est infiniment restreinte, par exemple pour la création du droit de nécessité.

³ L'architecte doit évidemment obéir aux lois physiques mais ce ne sont pas des règles d'architecture.

politique, logique ou morale (et cela suffit amplement) non de légitimation juridique. Nous nous opposons par là à l'ancienne doctrine austro-allemande¹, mais nous nous rallions à la doctrine anglo-franco-américaine².

Nous insistons par ailleurs sur le fait que le droit est une *création du pouvoir*. Son caractère consiste en ceci qu'un pouvoir plus ou moins organisé formule certaines règles et leur donne son adhésion. Tant qu'elles n'ont pas bénéficié de cette sorte d'objectivation, leur valeur n'est que subjective et dépend de l'adhésion particulière de chacun. Comment ne pas voir que ce prétendu droit naturel n'est pas une création du pouvoir et qu'il se confond en fait avec certaines idées subjectives de politique ou de morale. C'est bien d'ailleurs pour donner à ces principes subjectifs une apparence d'objectivité et une plus grande autorité que certains juristes les incorporent à un prétendu droit naturel. A notre avis, les gouvernants qui s'écartent du droit positif le font sous leur propre responsabilité ; ils sont excusables, si tout homme raisonnable peut admettre qu'ils ont agi dans un intérêt commun évident.

Il est significatif que la théorie du droit naturel de nécessité ait pris naissance dans les anciennes monarchies austro-allemandes. Dans les Etats monarchiques, on peut être fort tenté de revenir en cas de danger aux droits propres du souverain, qui pourrait user de tous moyens pour réaliser le bien commun. Dans l'état de droit au contraire tout pouvoir est constitué³ ; par conséquent maintenu dans certaines limites que seules des disciplines supérieures au droit, pourront à la rigueur l'autoriser à franchir.

Remarquons en passant que si on reconnaît au gouvernement le droit naturel de violer la loi en cas de nécessité, on est obligé d'accorder le même privilège aux gouvernés.

Reconnaissons enfin que dans tout régime, la puissance des faits et des idées morales ou politiques qui peuvent pousser les autorités à s'écarter du droit, dans certaines circonstances, est si grande qu'un droit de nécessité positif (écrit ou coutumier) tend à s'organiser.

¹ Et peut-être bien aux conceptions récemment exprimées et mises en pratique par Hitler.

² Voir JÈZE, op. cit. p. 112 s. : « Il n'y a pas un « droit de nécessité » naturel, le même dans tous les Etats, mais deux solutions nettement tranchées : solution anglo-américano-française, solution austro-allemande ».

³ Hauriou, op. cit. p. 21 : L'âge constitutionnel : « C'est l'âge où les nations, effrayées de l'exagération de l'Etat et des dangers que ses erreurs et ses incartades font courir à la liberté, s'efforcent de réagir pour restaurer dans les cadres mêmes de l'Etat, un ordre de choses essentiel, à base de croyances morales, auquel pratiquement, le gouvernement quotidien ne puisse pas déroger... Il s'agit simplement, tout en maintenant la liberté de discussion, d'établir des catégories et de décider que certaines questions particulièrement importantes pour l'ordre social et politique, ne pourront pas être mises en question tous les jours ni par les mêmes procédures que les autres. En somme, il s'agit de cantonner la discussion des affaires publiques.

CHAPITRE IV

Droit coutumier

Comme dit Jèze¹ : « Dans un Etat dont le droit positif n'a pas encore consacré le droit de nécessité, le juriste doit considérer comme illégaux, inconstitutionnels tous les actes accomplis en violation des compétences constitutionnelles ou légales ; les responsabilités² civiles ou pénales sont encourues par les agents qui ont méconnu leurs compétences ; les tribunaux, en tant que cela rentre dans leur compétence, ont le devoir de déclarer irréguliers les actes ainsi faits et d'en tirer les conséquences fixées par la législation en vigueur. Il appartient à l'autorité politique investie du pouvoir d'amnistie ou du pouvoir de formuler des règles législatives ou constitutionnelles de prendre les mesures nécessaires pour mettre les auteurs d'illégalités ou leurs actes à l'abri des conséquences juridiques et de prévenir et d'arrêter l'action des tribunaux par un bill of indemnity³ ».

Du point de vue juridique, c'est la seule solution exacte, tant que le droit écrit ou coutumier n'ont pas élaboré de règles spéciales pour le cas de nécessité. Cette situation est loin cependant d'être satisfaisante puisque tout Etat peut être dans la nécessité de déroger parfois aux règles ordinaires. Pour empêcher que l'autorité ne s'affranchisse alors de toutes règles et n'agisse qu'à sa fantaisie, nombre d'Etats ont créé des dispositions spéciales pour le cas de nécessité (état de siège, droit de rendre des ordonnances de nécessité). La concentration du pouvoir en cas de crise est d'ailleurs un phénomène historique. Qu'il suffise de rappeler l'institution de la dictature romaine, la création d'Etats monarchiques en temps de guerre, la proclamation de l'état de siège et, plus près de nous, des manifestations telles que le communisme russe, le fascisme et l'hitlérisme. De nombreux adages expriment ce besoin de se libérer des règles ordinaires en cas de danger imminent. Que de fois ne s'est-on pas prévalu pendant la guerre et ces derniers temps des brocards suivants : « nécessité n'a pas de loi », « *salus reipublicae suprema lex esto* », « *primum vivere, deinde philosophari* », « *Roma deliberante Saguntum periit* », « *caveant consules ne quid respublica detrimenti capiat* ».

Le besoin de règles spéciales adaptées à l'état de nécessité est si fort qu'il tendra toujours à se manifester dans le droit positif écrit ou coutumier. Cependant, si pressant qu'il soit, les règles qui doivent le satisfaire sont

¹ Op. cit. p. 118.

² Pour autant que le droit positif en ait prévu ce qui n'est pas le cas en Suisse, du moins pas pour l'A.F.

³ Ce n'est même pas nécessaire chez nous puisqu'il n'existe pas de contrôle de la constitutionnalité des arrêtés de portée générale et que les membres de l'A.F. n'encourent aucune responsabilité pour leurs actes illégaux ou inconstitutionnels.

encore dans le devenir tant qu'elles ne sont pas nettement établies et passées à l'état de droit positif ¹.

En édictant, chaque fois qu'une crise survient, des règles anticonstitutionnelles ou illégales sous forme d'arrêté fédéral urgent, les autorités fédérales n'ont-elles pas créé ou ne sont-elles pas en train de créer un *droit coutumier de nécessité* qui pourrait être formulé de la façon suivante : *en cas de nécessité, l'A.F. peut, sous forme d'arrêté fédéral urgent, prendre de son chef ou autoriser le C.F. à prendre toutes les mesures urgentes et absolument indispensables à la sauvegarde de l'Etat.*

N'est-on pas en présence d'un *usage continu dont la nécessité tend à être unanimement reconnue* ? Les deux caractères essentiels de la coutume, *usus communis et opinio juris seu necessitatis*, ne se trouvent-ils pas réalisés en l'espèce ?

Pour prouver l'existence d'un véritable *usage*, il suffit de rappeler les arrêtés fédéraux urgents que nous avons cités aux pages 2 et suivantes de notre thèse et dont les plus significatifs sont l'arrêté fédéral du 3 août 1914 et les deux arrêtés fédéraux ayant établi le premier et le second programme financier.

A maintes reprises et selon le même procédé, l'A.F. a pris ou autorisé le C.F. à prendre en cas de nécessité et à titre temporaire des mesures anticonstitutionnelles ou illégales. *L'A.F. a donc coutume de se servir de l'arrêté fédéral urgent pour parer aux états de nécessité qui surviennent dans notre pays.*

Dans son message du 13 septembre 1933, sur le premier programme financier, le C.F. ne s'est pas fait faute de se prévaloir du précédent de 1914 ².

Bien qu'elle soit contraire au droit écrit, cette coutume soulève des réactions qui vont en s'affaiblissant. Petit à petit et malgré certaines manifestations telles que l'initiative vaudoise contre le premier programme financier, l'idée s'implante dans le peuple comme dans les milieux gouvernementaux que la pratique des autorités répond à une véritable nécessité. *On critique l'opportunité de certaines mesures beaucoup moins que la procédure selon laquelle elles sont prises.* On conteste, avec raison parfois, l'existence d'un véritable état de nécessité ³. Quant au principe lui-même (possibilité de prendre en cas de nécessité et sous forme d'arrêté fédéral urgent les mesures absolument indispensables), il n'est guère combattu, même par

¹ Jean DABIN, p. 8. *La philosophie de l'ordre juridique positif* : « Il est clair qu'en raison de sa positivité même, parce qu'il est déterminé et fixé, le droit positif existant sera toujours plus ou moins incomplet, plus ou moins inadéquat aux besoins du jour ». Il faut alors construire une nouvelle norme (p. 10) : « Tant que cette construction n'est pas 1^o réalisée, 2^o passée à l'état de droit positif, la règle est encore dans le devenir ».

² F. féd. 1933, p. 287.

³ Lors des délibérations du C.N. sur l'arrêté interdisant l'ouverture et l'agrandissement de grands magasins, M. le conseiller fédéral Schulthess a reconnu lui-même qu'on n'était pas en présence d'un véritable état de nécessité et qu'il ne s'agissait pas pour le pays d'une question de vie ou de mort ; bull. stén. C.N. 1933, p. 217 : « So wird man hier sagen müssen ... dass es sich indessen immerhin nicht um eine Lebensfrage auch nicht für das Gewerbe handelt ».

An cours des délibérations sur le premier programme financier, M. le conseiller fédéral

la gauche. Au cours des débats sur le premier programme financier, M. le conseiller aux Etats Klöti lui-même admettait l'existence d'un droit de nécessité¹, tout en affirmant qu'il ne pouvait être appliqué en l'espèce, faute d'un véritable état de nécessité.

Si on conteste que la pratique de l'A.F. soit généralement admise, au moins doit-on reconnaître qu'elle tend à l'être. *A défaut d'un droit coutumier parfait, on est contraint d'admettre que sa réalisation est déjà dans un stade avancé.*

Des éléments puissants ont d'ailleurs favorisé la création d'un droit coutumier de nécessité. L'inexistence en Suisse d'un contrôle de la constitutionnalité et de la légalité des arrêtés fédéraux urgents a singulièrement facilité l'établissement d'un usage contraire à la constitution. L'art. 89, al. 2 (clause d'urgence) et l'art. 113, al. 3 (obligation d'appliquer les arrêtés fédéraux urgents même inconstitutionnels) ont seuls permis l'élaboration d'une coutume anticonstitutionnelle. Etant donnée l'obligation pour les autorités, tant administratives que judiciaires, d'appliquer les arrêtés fédéraux urgents même inconstitutionnels ou illégaux, l'arrêté fédéral urgent pouvait seul être pris en considération pour la création d'un droit coutumier de nécessité. Dans notre édifice constitutionnel, la clause d'urgence et l'art. 113, al. 3 étaient les seules brèches par où pouvait s'introduire le droit de nécessité.

De fait, pour prendre des mesures immédiatement indispensables, on ne pouvait choisir la loi ou l'arrêté de portée générale non urgent puisque, soumis au referendum populaire facultatif, ils ne peuvent entrer immédiatement en vigueur. Quant à l'arrêté simple, il ne convenait pas puisque, non compris dans l'énumération de l'art. 113, al. 3, il n'est applicable qu'autant qu'il est conforme à la constitution ou à la loi². En résumé, seul l'arrêté fédéral urgent présentait le double avantage d'être obligatoirement applicable et de pouvoir être mis immédiatement en vigueur.

L'impossibilité de se passer, en Suisse, d'une procédure spéciale en cas de nécessité a puissamment contribué, cela va sans dire, à créer un droit coutumier de nécessité.

Par leur imprécision, certaines dispositions constitutionnelles (encore qu'interprétées exactement elles ne prévoient aucune procédure spéciale pour le cas de nécessité) ouvrent la porte à une interprétation extensive et à la mise en pratique d'un véritable droit de nécessité. Nous songeons particulièrement ici aux articles 2, 89, al. 2, 85, ch. 6 et 7, 102, ch. 9 et 10.

Enfin, les opinions du T.F. et de certains juristes, bien que critiquables

Musy déclarait : « Je partage au contraire l'avis de M. Graber qui disait, l'autre jour, que la situation n'est pas désespérée, mais sérieuse ».

Cf. en outre : SECRÉTAN, op. cit. p. 143 s. — BLUMENSTEIN, op. cit. p. 228 s. — GIACOMETTI : *Die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien*. S.J.Z. 1934, p. 289 s. — OERI : *Verfassung und Notrecht*, in « die Schweiz », p. 63.

¹ Bull. stén. C.E. 1933, p. 283.

² S'il est vrai que l'article 178 ch. 1 O.J.F. ne donne pas de recours de droit public contre les décisions fédérales, le T.F. et les autorités judiciaires cantonales, pour autant qu'elles sont saisies d'une affaire où l'application d'un arrêté simple est requise, peuvent en examiner la constitutionnalité ou la légalité.

du point de vue juridique, ont sans doute favorisé la création de la coutume que nous voyons actuellement se dégager. Le fait que cette coutume a été établie par l'A.F., la plus haute autorité du pays, lui a également conféré plus de poids.

Notre thèse ne manquera pas de soulever les objections des juristes qui, tout en admettant que le droit coutumier peut compléter le droit public écrit, soutiennent qu'il ne peut ni le modifier ni l'abroger. Commençons par observer que le droit public étant sans lacune dans le sens indiqué ci-dessus¹, il ne peut être question de le compléter sans le modifier. Le droit coutumier n'aurait donc aucune importance en droit public, ce qui est manifestement contredit par l'expérience. Si l'on admet que la coutume est une source de droit, on est obligé de lui reconnaître la même valeur qu'au droit écrit et de constater qu'en fait, elle modifie souvent des principes constitutionnels importants². C'est ainsi que s'est introduite la coutume de la délégation législative, qui n'est pas compatible avec les principes de notre droit public³. Bien que cela ne soit pas prévu par la constitution, on en est venu à admettre également que l'art. 102, ch. 8 autorise le C.F. à conclure de son chef des traités dans l'intérêt du pays lorsqu'il s'agit de questions urgentes et importantes.

C'est par un malentendu qu'on arrive à affirmer l'impossibilité d'une modification coutumière du droit écrit. Que pareille modification soit contraire au droit, cela va de soi. La constitution ayant prévu différentes procédures de revision, toute modification devrait *en droit*, s'opérer conformément à ces règles. En revanche on ne saurait contester *qu'en fait* le droit écrit peut être modifié par la coutume. Si en dépit du droit écrit, une coutume parvient à s'établir et à supplanter la règle écrite, on est bien obligé de lui reconnaître force de droit, encore qu'elle se soit formée en marge de la constitution. La possibilité de pareilles dérogations coutumières existe particulièrement dans les Etats qui, comme le nôtre, n'ont pas prévu de contrôle de la constitutionnalité des actes du législateur.

Des pratiques, anticonstitutionnelles à leur début, peuvent fort bien être à l'origine d'un droit coutumier qui finira par supplanter la règle écrite. En réalité, le droit coutumier ne déroge pas au droit écrit, mais ce dernier a déjà perdu son caractère positif, (applicable et sanctionné), a passé au rang de droit historique, au moment où la coutume est parfaitement établie et incorporée au droit positif.

Reconnaissons pour terminer que dans la pratique des autorités fédérales il y a plus que la création d'un droit coutumier de nécessité. En effet, les

¹ P. 26.

² GÄHWILER, op. cit. p. 51 s. : « Wird die Bildung vom Gewohnheitsrecht grundsätzlich anerkannt und werden Gewohnheitsrecht und Gesetz einander koordiniert, so muss auch die Derogation zugelassen werden. Selbst die durchaus stabilen Verfassungsartikel vermögen einer Derogation nicht Stand zu halten, denn selbst ein Rechtsbruch kann durch hinzutreffende rechtsbildende Faktoren Anlass zu neuem Rechte werden... Die erschwerten Revisionsbestimmungen können sich nur auf die Änderung im Wege der Gesetzgebung nicht aber auf die unbewusste Rechtsbildung beziehen. Voir en outre DUGUIR et MOREAU : *Manuel de droit public français*, p. 57.

³ GIACOMETTI : *Über das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaate*, p. 390.

autorités tendent parfois à confondre nécessité avec urgence ou simple opportunité et à menacer l'existence même de notre démocratie directe. A plusieurs reprises, les autorités fédérales paraissent avoir invoqué un état de nécessité inexistant, à seule fin de prendre des mesures qu'on craignait de ne pas voir franchir victorieusement l'épreuve du referendum populaire¹. En ce domaine qui ne relève pas directement de notre étude, on ne saurait parler d'une coutume, car l'opinion publique s'élève avec force contre cette violation des principes supérieurs de notre droit public.

CHAPITRE V

Critique du système actuel et propositions de lege ferenda

Le système actuel, où le droit de nécessité n'est consacré que par la coutume, nous paraît comporter de sérieux inconvénients qu'il conviendrait de supprimer. Certains tiennent à la nature coutumière de notre droit de nécessité et seraient automatiquement supprimés par une réglementation écrite. Faute d'avoir été formulées par écrit et adoptées selon la procédure normale, ces règles ont le double désavantage d'être vagues et de ne pas bénéficier de l'adhésion incontestable et définitive du peuple suisse. Leur application, même légitime, laisse toujours une large part à l'arbitraire et risque de soulever un mécontentement profond. *Pour diminuer, dans la mesure du possible, ce danger d'arbitraire et de révolte, il conviendrait d'introduire le droit de nécessité dans notre constitution et d'en régler l'exercice d'après les expériences faites.* Si la tâche du droit coutumier est de faire face à des besoins nouveaux et de frayer la voie au droit écrit, ce dernier doit tenir compte des événements que l'expérience rend désormais prévisibles et en déterminer avec plus de soin les conséquences juridiques.

Les autorités et la plupart des juristes s'accordent à souhaiter la création d'un droit écrit de nécessité². Dans le discours qu'il prononçait au

¹ Arrêtés fédéraux des 14 octobre 1933 et 27 septembre 1935 interdisant l'ouverture et l'agrandissement de grands magasins.

Arrêté fédéral du 20 décembre 1934 tendant à protéger le métier de cordonnier.

Arrêté du CF. du 20 mars 1934 concernant certains abus de la presse.

La question de savoir si le premier et le second programme financier répondent à un véritable état de nécessité peut prêter à discussion.

² VON WALDKINCH, op. cit. p. 108 ss. — HOERNI, op. cit. p. 186 ss. — FLEINER : *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter*. S.J.Z. 1934, p. 16 a ss. — GIACOMETTI : *Die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien*. S.J.Z. 1934, p. 289 ss. — OERI : *Verfassung und Notrecht in « die Schweiz », ein Nationaljahrbuch für 1934.* — Au congrès de la société suisse des juristes de 1934. M. HÄBERLIN, ancien conseiller fédéral, se déclarait, lui aussi, partisan d'un droit de nécessité écrit ; Gazette de Lausanne, 12 septembre 1934. — M. le conseiller aux Etats KLÖTI, bull. stén. C.N. 1933, p. 283.

LXIX^e Congrès de la Société suisse des juristes, M. le conseiller fédéral Baumann, déclarait notamment : « Le droit de nécessité de l'Etat, sans lequel on en croit plus aujourd'hui pouvoir se tirer d'affaire, devrait être clairement défini dans la constitution et pourvu de certaines précautions (Kautelen) ». Dans son message du 12 novembre 1935 sur les mesures extraordinaires d'ordre économique, le C.F. écrit¹ : « Notre dessein est de créer d'ici à la fin de 1937 une nouvelle base constitutionnelle qui fixe les attributions de l'A.F. pour l'octroi de pouvoirs économiques adaptés aux expériences que nous avons faites pendant la guerre et surtout depuis lors ». Bien que le projet d'arrêté accompagnant ce message ait été retiré, cette promesse est à retenir et il est probable qu'elle répond encore aux intentions du C.F.².

Certains craindraient en revanche de consacrer le droit de nécessité par écrit³ sous prétexte que le caractère exceptionnel des mesures de nécessité se trouverait affaibli, que ces règles écrites seraient plus violées que toutes autres et qu'il serait d'ailleurs dangereux de les établir sous la pression de circonstances extraordinaires.

Le dernier argument ne nous retiendra guère tant il est vrai que la crise n'a pas un caractère absolument passager et que la survenance de nouveaux états de nécessité paraît de plus en plus vraisemblable. Comme le dit le C.F.⁴, « l'objection selon laquelle il serait peu sage de créer une nouvelle base constitutionnelle pendant la période de dépression ne nous paraît plus fondée, car personne ne sait quand reviendront les temps que l'on considère comme normaux ». Le droit écrit doit tenir compte des événements prévisibles ; les règles de droit doivent être établies au moment où le besoin s'en fait sentir et non lorsque les circonstances auxquelles elles devraient faire face sont dépassées.

Quant aux dangers que comporterait un texte précis, nous avouons ne pas les discerner, surtout si les règles qu'on se propose de créer sont judicieuses. Le principe d'un droit de nécessité se trouvant formulé de façon claire et nette, craind-on que les autorités n'en fassent plus facilement usage dès qu'elles n'auront plus l'apparence de violer le droit écrit ? Ce serait oublier que les autorités fédérales n'ont pas fait preuve jusqu'à présent de bien grands scrupules à s'écarter de la constitution et que le but de règles écrites serait précisément d'assigner à l'exercice du droit de nécessité des limites aussi précises et aussi efficaces que possible. Plus les règles à suivre en cas de nécessité sont vagues et incertaines, plus les risques d'arbitraire et de révolte sont grands.

Les avantages d'un droit écrit de nécessité étant admis, nous voudrions

¹ Voir page 15 du dit message.

² Effectivement le message précité n'a pas été retiré mais simplement complété, par un message du 7 avril 1936.

³ Conseiller fédéral MUSY : Bull. stén. C.E. 1933, p. 310. — PILLER : Gazette de Lausanne, 12 septembre 1934 et S.J.Z. 1934, p. 97 et s. : *Der 69. schweiz. Juristentag*, von Dr Carl BAUMANN.

⁴ Message du 12 novembre 1935, p. 15.

suggérer rapidement quelques améliorations dont le système actuel nous paraît susceptible.

Alors qu'aujourd'hui la *notion de la nécessité* reste absolument vague, il serait utile de la *préciser autant que possible*. Nous admettons que la tâche n'est pas facile et qu'on ne peut tout prévoir dans une définition. Il nous paraît souhaitable cependant de rappeler sans cesse aux autorités les caractères essentiels de la nécessité, pour lutter contre leur tendance à la confondre avec l'urgence ou la simple opportunité.

L'idée de nécessité marque à la fois l'existence d'un péril, d'un danger grave, son caractère imminent et le manque de moyens d'y remédier. Etre en état de nécessité c'est avoir un besoin urgent de biens indispensables à la vie et dont on est momentanément privé. Toute définition de l'état de nécessité doit dès lors exprimer ces trois notions du péril, de l'urgence qu'il y a d'y remédier et de l'impossibilité de le faire selon les voies ordinaires. Comme le disent Barthélémy et Duez dans leur traité élémentaire de droit constitutionnel¹, les conditions d'application de la théorie de la nécessité sont les suivantes :

- 1° péril vraiment national *et non seulement politique*.
- 2° urgence,
- 3° impossibilité de procéder par des voies régulières.

Nous inspirant de ces quelques observations, nous formulerions ainsi le principe du droit de nécessité fédéral :

« Lorsque la nation toute entière est menacée d'un péril grave et imminent auquel il est impossible de faire face par les voies ordinaires, l'Assemblée fédérale peut prendre ou autoriser le Conseil fédéral à prendre les mesures absolument indispensables et urgentes. »

S'il est vrai que les notions de péril grave, de mesures absolument indispensables laissent encore une place assez large à l'appréciation, elles sont tout de même des indications précieuses et valent mieux que la carence absolue.

Un autre inconvénient sérieux du système actuel nous paraît tenir à la *forme* dont l'A.F. revêt les mesures dites de nécessité. Comme nous avons cherché à l'établir, l'arrêté fédéral urgent n'est pas destiné de par sa nature aux mesures de nécessité, d'ordre constitutionnel ou législatif. C'est par une interprétation faussée et un abus (inévitables peut-être) que les autorités fédérales en sont venues à l'utiliser à une double fin : à la promulgation de règles moins générales et moins abstraites que les lois d'une part, à l'adoption de mesures illégales ou inconstitutionnelles d'autre part. Cette situation ne laisse pas de présenter des inconvénients puisque le profane ne sait jamais s'il s'agit d'un arrêté régulier mais urgent ou d'un acte extraordinaire de nécessité. Certains se félicitent peut-être de cette équivoque et pensent

¹ P. 239.

qu'il serait maladroit d'attirer l'attention du peuple sur les actes extraordinaires de nécessité.

Nous estimons au contraire que dans une démocratie directe, le peuple doit être éclairé et que toute tentative de le tromper se retournera en définitive contre les gouvernants. N'y a-t-il pas là une explication partielle de la méfiance actuelle du peuple envers les autorités fédérales ?

Nous proposons dès lors de créer pour les actes de nécessité une *forme spéciale* qu'on appellerait décrets-lois comme en France ou mieux encore *ordonnances de nécessité*. L'attention du peuple se trouvant attirée sur le caractère extraordinaire de certaines mesures, on peut espérer que les gouvernants ne les prendraient pas à la légère et auraient à cœur de pouvoir en assumer la responsabilité devant le peuple.

Pour éviter que la notion de nécessité ne soit interprétée trop largement, il serait opportun de prévoir pour les ordonnances de nécessité, une *majorité qualifiée* des deux tiers par exemple. Si le péril est véritablement sérieux et national, il sera manifeste pour la grande majorité des parlementaires et non pour une simple majorité de fortune. Nous ne doutons pas que les partis d'opposition eux-mêmes ne se rallient aux mesures absolument indispensables au bien commun. Il est vrai qu'en formulant la même proposition dans sa récente initiative, le parti communiste lui a fait plus de tort que de bien. Notons cependant qu'on reproche surtout à cette initiative de vouloir canaliser à des fins de propagande le mécontentement soulevé par les derniers arrêtés urgents et de prétendre monopoliser la clause d'urgence dans l'intérêt du peuple travailleur. On doit reconnaître en effet que cette prétention est assez vaine tant il est vrai que le Conseil fédéral et les Chambres prétendent toujours agir dans l'intérêt du peuple travailleur. L'idée d'une majorité qualifiée pour les mesures de nécessité a d'ailleurs été émise bien avant que le parti communiste s'avise de la défendre, par des hommes qui ne sont nullement suspects de sympathies communistes. C'est ainsi qu'au soixante-neuvième congrès de la société suisse des juristes, le Dr Eug. Curti¹ déclarait sans ambiguïté : « Für die Notstandserklärung müsste man richtiger Weise im Parlament eine qualifizierte Mehrheit verlangen ».

Ainsi donc, après avoir défini l'état de nécessité au premier alinéa d'un article qui pourrait devenir l'article 89 bis, on pourrait prévoir dans un second alinéa que les mesures définies dans le premier devraient être prises sous forme d'ordonnances de nécessité, à la majorité des deux tiers.

Nous hésiterions en revanche à proposer que le Tribunal fédéral puisse examiner la légitimité des ordonnances de nécessité. Autant nous souhaitons que le Tribunal fédéral puisse examiner la constitutionnalité des lois et des arrêtés, autant nous craindrions de le voir assumer la responsabilité de se prononcer sur la légitimité des ordonnances de nécessité. Puisqu'on doit s'en remettre en définitive dans tout état à la bonne foi d'une autorité supérieure, le contrôle devant nécessairement prendre fin à un certain stade,

¹ S.J.Z. 1^{er} oct. 1934, 31^e année, p. 97 et s.

nous préférons que la responsabilité des ordonnances de nécessité soit laissée à l'Assemblée fédérale. La notion de l'état de nécessité relève plus de la politique que du droit et ne se prête guère à un examen purement juridique.

Les nombreux juristes qui interviennent depuis quelque temps en faveur du contrôle de la constitutionnalité des lois, admettent eux-mêmes que les mesures de nécessité échapperaient à ce contrôle. C'est le cas en particulier de Fleiner qui s'est fait le champion du contrôle de la constitutionnalité des lois au soixante-neuvième congrès de la société des juristes suisses¹. Tout au plus pourrait-on songer à autoriser le Tribunal fédéral à s'élever contre un usage manifestement abusif du droit de nécessité².

Sans compter qu'il paraît bien difficile de déterminer où commence l'abus, l'institution d'une forme spéciale, l'exigence d'une majorité qualifiée, l'initiative constitutionnelle et les élections régulières des Chambres fédérales constitueraient d'ailleurs de sérieuses garanties contre l'arbitraire.

On pourrait enfin préciser dans la constitution que *les ordonnances de nécessité n'auront qu'une validité limitée, de deux ans par exemple*. Les ordonnances de nécessité n'ont d'autre but en effet que de parer rapidement au plus pressé. Prises d'urgence sous la pression des circonstances, elles ne sauraient aspirer à une vie aussi longue que le droit ordinaire. Dès que le péril est conjuré, elles doivent être supprimées, et ce qui mérite d'en être retenu, incorporé, selon les formes régulières, à la législation ordinaire.

En résumé, pour parer aux inconvénients d'une simple consécration coutumière du droit de nécessité, nous proposons d'insérer dans la constitution fédérale un article 89bis ainsi conçu :

Lorsque la nation toute entière est menacée d'un péril grave et imminent auquel il est impossible de faire face par les voies ordinaires, l'Assemblée fédérale peut prendre, ou autoriser le Conseil fédéral à prendre les mesures absolument indispensables et urgentes.

Ces mesures extraordinaires seront prises sous forme d'ordonnances de nécessité à la majorité des deux tiers des votants dans chaque conseil. Elles ne pourront avoir une validité de plus de deux ans faute d'être incorporées dans ce délai à la législation ordinaire selon les formes régulières.

Lausanne, juillet 1936.

¹ FLEINER : *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter*. Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins p. 17 a et s. : « Weil Beschlüsse der Bundesbehörden, die in Ausübung des echten Notstandsrechtes erfolgen, nicht einer richterlichen Kontrolle unterworfen werden dürfen ».

² FLEINER : *eodem loco*.

BIBLIOGRAPHIE

Nous nous bornerons à mentionner ici les études spéciales qui touchent de près notre sujet. Quant aux autres ouvrages généraux ou spéciaux que nous avons lus ou consultés, si nous en avons tiré quelque chose d'utile à notre travail, nous ne ferons que les citer au cours de notre thèse.

- BAUMANN C., Dr : *Der 69. schweiz. Juristentag in Lausanne*. S. J. Z. 1934, p. 289 et ss.
- BÉGUIN P. : *Revenons à la Constitution*.
- BIERI NICOLO : *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch den Richter*. Diss. Bern, 1933.
- BLUMENSTEIN E., Dr : *Das Steuerrecht der Finanzvollmachten*. Archiv für schweizerisches Abgaberecht, 2. Band, Heft, 7, p. 225 et ss.
- W. BURCKHARDT, Dr : *Gedanken eines Neutralen*, im Politischen Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1914, p. 1 et ss.
- *Protokoll der 52. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins*, Z. f. S. R. 1916, p. 618 et ss.
- DU PASQUIER CL. : *Quelques réflexions sur la notion du droit à propos d'un récent arrêté fédéral*. Z. f. S. R. 1934, p. 389 et ss.
- FITTING F. : *De l'inconstitutionnalité des arrêtés fédéraux des 14 juin 1923 et 4 octobre 1930 relatifs à l'impôt de guerre et à la clôture du compte de mobilisation*.
- FLEINER FRITZ, Dr : *Die Dringlichkeitsklausel*. Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1. Dezember 1927, p. 577 et ss.
- *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter*. Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1934, Erstes Heft p. 1 a et ss.
- GÄHWILER : *Lücken der Verfassung*. Diss. Fribourg 1928.
- GASSMANN : *Notverordnungen über Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr*.
- GIACOMETTI Z., Dr : *Das Verfassungsrechtsleben der schweiz. Eidgenossenschaft in den Jahren 1914-1921*. Sonderabdruck aus Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band XI 1922.
- *Die Auslegung der schweiz. Bundesverfassung*. Recht und Staat 39, 1925, p. 1 ss.
- *Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation*. Festgabe zum schweiz. Juristentag, p. 73 ss.
- *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. B. G.*
- *Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaate*. Festgabe für Fleiner 1927, p. 360 ss.
- *Die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien*. S. J. Z. 1934, p. 289 et ss.
- *Das selbständige Rechtsverordnungsrecht des B. R.-S.* J. Z. 1. März 1935. Heft 17. 31. Jahrgang, p. 257.

- HIS E., Dr : *Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen Notstandsmassnahmen.* Z. f. S. R. 1917, 36, p. 287.
- HOERNI R. : *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse.* Etude juridique sur les pleins pouvoirs. Genève 1917, thèse N° 315.
- HUBER ARTHUR : *Die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch das Notverordnungsrecht des Bundes.* Diss. Bern 1925.
- JÈZE GASTON : *L'exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs* (Angleterre, Italie, Suisse).
- KRAFFT A., Dr : *Essai d'une réglementation constitutionnelle des mesures de nécessité.*
- KUHN : *Die Spuren des Krieges in der Bundesgesetzgebung.* Separatabdruck aus der Z. b. J. V., Band LVIII.
- OERI A. : *Verfassung und Notrecht in « die Schweiz », ein National-Jahrbuch für 1934.*
- SECRETAN ROGER : *L'initiative populaire cantonale et la législation de crise.* Recueil des travaux de l'université de Lausanne 1934.
- SULZER WALTER : *Der allgemein verbindliche Bundesbeschluss nach Art. 89 des schweiz. B. V.* Diss. Zürich 1932.
- TINGSTEN HERBERT : *Les pleins pouvoirs.* Librairie Stock.
- VOLMAR : *Die wirtschaftlichen Notgesetze und Verordnungen des Bundes, 1915.*
- VON WALDKIRCH E. O. : *Die Notverordnungen im schweiz. Bundesstaatsrecht.* Diss. Bern 1915.
- WOLF P., Dr : *Die ausserordentlichen Vollmachten des B. R., ihre Schranken und die Gerichte.* S. J. Z. 1918, p. 37 et ss.
- ZOLLER LILI : *Die Notverordnung und ihre Grundlage im schweiz. Staatsrecht insbesondere.* Diss. Zürich 1928.
-

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE I. — <i>Exposé du problème et remarques préliminaires</i>	7
§ 1. Exposé du problème	7
§ 2. Remarques préliminaires	10
CHAPITRE II. — <i>De l'inexistence d'un droit de nécessité écrit en droit public fédéral</i>	12
§ 1. Généralités.	12
§ 2. L'article 2 de la Constitution	15
§ 3. Les articles 85 et 102 de la Constitution fédérale	17
§ 4. L'article 89 de la Constitution fédérale	21
§ 5. Arguments tirés des lacunes du droit	25
§ 6. Opinion du Tribunal fédéral	28
CHAPITRE III. — <i>De l'inexistence d'un droit naturel de nécessité</i>	30
CHAPITRE IV. — <i>Droit coutumier</i>	33
CHAPITRE V. — <i>Critique du système actuel et propositions de lege ferenda</i>	37
<i>Bibliographie</i>	42

ABRÉVIATIONS

A.F. :	Assemblée fédérale.
C.F. :	Conseil fédéral.
T.F. :	Tribunal fédéral.
C.N. :	Conseil national.
C.E. :	Conseil des Etats.
R.O. :	Recueil officiel des lois fédérales.
F. féd. :	Feuille fédérale.
Bull. stén. off. :	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale.
A.T.F. :	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.
J.d.T. :	Journal des tribunaux.
Z.f.S.R. :	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
S.J.Z. :	Schweizerische Juristenzeitung.
Z.b.J.V. :	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.